CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C.N.S.C.
Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL – SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator și, convențional, prin ....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., formulată împotriva refuzului nejustificat al autorității contractante ....., cu sediul în ....., ..., ..., de a încheia contractul de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiective de investiții incluse în Programul național de construcții de interes public sau social ....., ...”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului:

- „admiterea contestației formulată de subscrisa raportat la motivele pe care le vom dezvolta în continuare în cuprinsul prezentei şi, pe cale de consecință,
- anularea adresei Companiei Naționale de Investiții SA nr. 19289/10.01..... care, emisă fiind în mod nelegal şi netemeinic, ne prejudiciază în mod grav drepturile şi interesele noastre legitime de câștigător desemnat al procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică (...);
- anularea adresei Companiei Naționale de Investiții SA nr. 383/19.01.....;
- încheierea în mod corespunzător a contractului cu ofertantul desemnat câștigător - Asocierea SC ..... SRL - SC ..... SA”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă refuzul autorității contractante, ..., de a încheia contractul de achiziție publică arătat, considerându-l nejustificat și abuziv.

Contrar opiniei autorității contractante, contestatoarea susține că operatorul economic desemnat câștigător al procedurii de atribuire există şi întrunește toate cerințele legale pentru a încheia în mod valabil contractul.

De altfel, în vederea participării la procedura de atribuire în cauză, SC ..... SRL şi SC ..... SA au încheiat Acordul de asociere.

După desemnarea ofertei depuse de Asociere ca fiind câștigătoare, contestatoarea arată că, prin scrisoarea ce i-a fost transmisă în data de 19.12.2017, SC ..... SA i-a solicitat să procedeze la încetarea prin acord a Acordului de asociere semnat la 23.11.2016, deoarece „nici până la acest moment contractul de achiziție publică nu a fost semnat”. SC ..... SA a mai menționat şi că: „în subsidiar, în măsura în care nu veți fi de acord cu încetarea prin acord, vă solicităm să luați act de manifestarea noastră de voință în sensul denunțării unilaterale a contractului, în temeiul dispozițiilor art. 1276 raportat la art. 1271 Cod Civil şi la art. 1552 Cod Civil”.

Până la data redactării şi comunicării notificării prealabile, Acordul de asociere nu a încetat, nici prin acord, nici ca urmare a denunțării unilaterale a acestuia, de către SC ..... SA.

Mai mult, contestatoarea precizează că nu şi-a exprimat acordul pentru încetarea solicitată de SC ..... SA, iar denunțarea unilaterală a Acordului de asociere nu este posibilă decât în anumite condiții, expres stabilite de Codul Civil, care nu au fost, însă, întrunite, în speță.

Prin urmare, la acest moment, Acordul de asociere este în vigoare şi își produce pe deplin efectele juridice. Așadar, operatorul economic SC ..... SRL – SC ..... SA, desemnat câștigător al procedurii de atribuire, există în continuare, având aceeași componentă şi structură cu cea de la momentul depunerii ofertei, şi întrunește toate cerințele legale pentru a încheia în mod valabil contractul cu autoritatea contractantă.

Totodată, susține contestatoarea, conform legislației şi jurisprudenței incidente, o eventuală modificare structurală a operatorului economic desemnat câștigător al procedurii de atribuire nu conduce la imposibilitatea semnării contractului sau la necesitatea organizării unei noi proceduri de atribuire, ci la îndeplinirea obligațiilor contractuale asumate în solidar de oricare dintre membrii aceluiași operator economic desemnat câștigător, în speță de oricare dintre membrii Asocierii, această abordare fiind confirmată şi susținută de dispozițiile Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE („Directiva 2014/24/UE"), de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene („GUE") şi de interpretările oficiale ale legislației din domeniu furnizate de Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 383/19.01....., autoritatea contractantă a invocat un nou motiv, care, în opinia sa, ar conduce la imposibilitatea semnării contractului, respectiv efectuarea unei expertize de către beneficiarul lucrării, din care ar fi reieșit că, de fapt, lucrările ce trebuie executate în baza contractului ar avea o valoare dublă față de cea pentru care a fost organizată procedura de atribuire, raport ce nu i-a fost pus la dispoziție.

Or, în ceea ce privește pretinsa necesitate de suplimentare a lucrărilor de construire efectuate în baza contractului, trebuie remarcat faptul că, în cazul în care acestea se vor dovedi cu adevărat necesare, ele pot fi efectuate în temeiul prezentului contract, fără a fi necesară reluarea procedurii de atribuire, cum în mod greșit pretinde autoritatea contractantă.

În concluzie, pentru toate aceste argumente, contestatoarea solicită admiterea cererii sale, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 800/01.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 4436/01.02....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestația formulată de Asocierea SC ..... SRL – SC ..... SA – ofertantul câștigător al procedurii de atribuire în discuție, solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

Preliminar, autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. 485/09.11.2017, Beneficiarul lucrării - Patriarhia Română, i-a transmis că în perioada de timp scursă de la momentul solicitării finanțării la acest obiectiv de investiții şi până la momentul încheierii contractului de execuție de lucrări, au intervenit modificări și deteriorări ale elementelor structurale și arhitecturale ale imobilului aflat pe amplasament, cu implicații majore asupra documentației tehnico-economice inițiale, supuse procedurii de atribuire. Având în vedere aceste aspecte, Beneficiarul a solicitat autorității contractante să ia măsuri urgente, conform prevederilor legale în vigoare, precizând că aspectele de natură tehnică atrag după sine modificări esențiale, de natură economică, ce impun chiar o reavizare a indicatorilor tehnico-economici ai obiectivului de investiții.

Din punct de vedere tehnic, este necesar a se executa o serie de intervenții structurale, acestea acoperind un palier larg de lucrări, pornind de la lucrări de reparații şi mergând până la lucrări de consolidare structurale. Lucrările de reparații au drept scop reabilitarea materialului structural afectat de degradări, ce au survenit o dată cu trecerea timpului.

În acest context, autoritatea contractantă precizează că Beneficiarul lucrării - Patriarhia Română a dispus întocmirea unei noi expertize tehnice în luna decembrie 2017 pentru a evidenția starea actuală a lucrărilor care s-au degradat continuu, consecință a neînceperii lucrărilor.

Analizându-se, din punct de vedere economic, modificările de natură tehnică necesar a fi realizate, o simplă comparație între devizul

general întocmit în anul 2015 şi devizul general privind cheltuielile necesare realizării obiectivului de investiții, întocmit în luna noiembrie 2017 (după revizuirea situației existente), arată o diferență majoră de valoare stabilită pentru lucrările ce sunt necesare a fi executate. Acest deviz stabilește o nouă valoare, a cărei cuantificare este de la simplu la dublu.

Modificările de natură tehnică, ce conduc la modificări substanțiale a valorii estimate, dovedesc că s-ar impune atât reavizarea indicatorilor tehnico-economici cât și aplicarea unei alte proceduri de achiziție publică față de cea care a fost derulată în anul 2016, în baza documentației tehnice întocmite în anul 2015.

Procedura de achiziție se va stabili prin raportare atât la noua realitate din teren, prin includerea în documentația revizuită a modificărilor substanțiale ce sunt aduse din punct de vedere tehnic, dar și prin raportare la modificările aduse valorii estimate, toate acestea coroborându-se cu prevederile exprese ale legislației privind achizițiile publice în ceea ce privește tipul de procedură aplicat de către autoritatea contractantă.

Contrar opiniei contestatoarei, privind posibilitatea de suplimentare a lucrărilor efectuate în baza contractului în condițiile stabilite de art. 221 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă susține că, în situația de față, este imposibilă aplicarea acestor prevederi, având în vedere că nu vorbim despre un contract încheiat, care produce efecte juridice. Mai mult, în timp ce prevederile legale fac referire la lucrări suplimentare care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care au devenit strict necesare pe parcursul îndeplinirii acestuia, în cazul obiectivului de investiții care face obiectul prezentei proceduri, atât valoarea cât şi categoriile, cantitățile de lucrări estimate în anul 2015 au suferit modificări substanțiale, ca urmare a unor circumstanțe pe care autoritatea contractantă nu a putut să le prevadă.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că, la data de 19.12.2017, asociatul SC ..... SA i-a comunicat adresa formulată către SC ..... SRL, prin care solicita încetarea de comun acord a contractului de asociere nr. 2763/23.11.2016, încheiat pentru derularea contractului menționat, iar în măsura în care acesta nu va fi de acord cu încetarea de comun acord, să ia act de manifestarea de voință, în sensul denunțării unilaterale a contractului.

Întrucât din adresa transmisă de SC ..... SA reiese că nu mai dorește să execute lucrările aferente contractului începând cu data de 19.12.2017, nefiind de acord nici cu prelungirile de ofertă și de garanție de participare, fără a reanaliza oportunitatea menținerii ofertei, având în vedere prețul ofertat în 2016 și evoluția prețului manoperei în timpul scurs de la depunerea ofertei, autoritatea contractantă apreciază că acordul de asociere a încetat prin denunțare unilaterală, chiar dacă în cuprinsul acestuia nu au fost cuprinse clauze exprese de încetare.

În opinia autorității contractante, afirmația contestatoarei, în sensul că fiecare dintre membrii asocierii este ținut responsabil separat pentru

executarea în întregime a respectivelor obligații, nu este în concordanță cu prevederile legale privind legislația achizițiilor publice aflată în vigoare.

Un element important este faptul că acordul de asociere este un document care atestă forma de asociere temporară constituită în scopul participării la procedura de atribuire, astfel după cum reiese din prevederile art. 53 și 54 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

De altfel, precizează autoritatea contractantă, pentru desemnarea drept câștigătoare a ofertei depuse de Asocierea SC ..... SRL – SC ..... SA s-au avut în vedere atât cerințele din caietul de sarcini, cât şi criteriile de calificare şi selecție, respectiv experiența similară solicitată ofertanților, dotările tehnice, care au fost îndeplinite doar de către ofertantul asociat SC ..... SA.

Astfel, autoritatea contractantă susține că acest contract, chiar dacă este un contract de achiziție publică, reprezintă un *contract intuitu personae*, care în mod obiectiv nu poate fi încheiat/semnat, dacă unul dintre asociați (cel care a îndeplinit o parte semnificativă dintre criteriile de calificare şi selecție/cerințe din caietul de sarcini) nu mai dorește să execute lucrările care îi revin din derularea respectivului contract.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că se află în imposibilitate de a încheia contractul cu respectarea condițiilor de validitate a acestuia, întrucât nici clauzele exprese ale art. 4 din acordul de asociere şi nici modalitatea de încheiere a contractului de achiziție prin asumarea acestuia prin semnătură şi ștampilă de membrii asocierii nu ar mai putea fi respectate.

Sintetizând cele anterior expuse, autoritatea contractantă consideră că nu intră în obligațiile/atribuțiile sale, astfel cum sunt stabilite de legislația în vigoare, să analizeze nașterea, modificarea, stingerea raporturilor juridice dintre operatorii economici care s-au asociat într-o anumită formă pentru participarea la proceduri de achiziție publică.

În același sens este și concluzia cuprinsă în Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene (camera a șasea) din data de 29 aprilie 2004 în cauza C-496/99 P, Comisia Comunităților Europene împotriva CAS Succhi di Frutta SpA.

În plus, conform legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice, autoritatea contractantă precizează că nu are stabilit un termen legal pentru încheierea contractului, ori *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Față de aspectele precizate mai sus, nu poate fi invocată culpa autorității contractante în nesemnarea contractului de achiziție publică din moment ce unul dintre membrii asocierii, care a fost desemnată câștigătoare, nu mai dorește să își asume executarea obligațiilor care decurg din contractul de achiziție publică. Or, singurul operator economic care îşi manifestă voință de a se angaja din punct de vedere juridic în cadrul contractului de achiziție publică, nu poate îndeplini singur criteriile de calificare şi selecție.

În replică, prin adresa nr. 170/06.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 5108/07.02....., SC ..... SRL a transmis Consiliului un răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care solicită respingerea argumentelor prezentate de aceasta, ca neîntemeiate, reiterând aspectele precizate în contestație, referitoare la valabilitatea, la acest moment, a acordului de asociere încheiat cu asociatul SC ..... SA.

Faţă de susţinerile părţilor şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiective de investiții incluse în Programul național de construcții de interes public sau social ...., ...", ... a inițiat o procedură simplificată, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de .....

Împotriva refuzului autorității contractante ..... de a încheia contractul de achiziție publică în cauză, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (după ce a îndeplinit procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Consiliul are în vedere și că, anterior acestei cauze, în prezenta procedură, SC ..... SRL și, ulterior, SC Construcții Erbașu SA au formulat contestații împotriva rezultatului procedurii de la acele momente, prima fiind admisă, în parte, prin Decizia CNSC nr. ..../...../.... din 08.05.2017, menținută, prin Decizia Curții de Apel ..... nr. .... din 26.06.2017, iar a doua fiind respinsă, prin Decizia CNSC nr. ..../...../..... din 29.09.2017, menținută prin Decizia Curții de Apel ..... nr. ..../2017, emisă în dosarul nr. ..../....2017.

După soluționarea definitivă a celei de-a doua cauze, ofertantul desemnat câștigător, prin liderul de asociere - SC ..... SRL – a solicitat autorității contractante încheierea contractului.

Adresa de răspuns a autorității contractante (nr. 19289 din 10.01.....), atacată prin prezenta contestație, invocă imposibilitatea semnării contractului datorată lipsei ofertantului câștigător în cauză (prin renunțarea la asociere de către ofertantul SC ..... SA).

Urmare a notificării prealabile contestației, autoritatea contractantă emite răspunsul nr. 383/19.01....., prin care invocă, în principal, nevoia reorganizării procedurii de atribuire, pentru motive de natură tehnică, dar și imposibilitatea semnării contractului, pentru lipsa consimțământului unuia dintre membrii asocierii câștigătoare (acordul de asociere încetând prin denunțare unilaterală). În același timp, autoritatea contractantă comunică și intenția de a face aplicarea prevederilor art. 212 din Legea nr. 98/2016.

Consiliul constată că, deși autoritatea contractantă nu a avut inițiativa încheierii contractului cu ofertantul desemnat câștigător, se prevalează de existența unei corespondențe dintre asociații amintiți, pentru a motiva pretinsa imposibilitate de încheiere a contractului de achiziție publică.

Pe de altă parte, invocarea, prin punctul de vedere la notificarea prealabilă, a unor motive noi de refuz al încheierii contractului, precum intenția beneficiarului final al lucrărilor de a actualiza expertiza tehnică care să stea la baza unei noi proceduri de achiziție, este considerată de Consiliu lipsită de interes în analiza cauzei prezente. În speță, autoritatea contractantă nu a dispus, efectiv, o măsură corelativă acestei pretinse schimbări a nevoii de achiziție, fie de actualizare a documentației, fie de analiză a condițiilor contractuale ce ar putea fi modificate.

De altfel, prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă pretinde că ar avea în vedere incidența dispozițiilor art. 212 din Legea nr. 98/2016, adică evaluarea posibilității de aplicare a uneia dintre situațiile reglementate/cauzele care conduc la anularea procedurii de atribuire.

Contrar susținerilor autorității contractante, Consiliul constată nu sunt relevate, explicit, condițiile de anulare a procedurii de atribuire, nefiind certă absența ofertantului câștigător și nici nevoia de schimbare a soluției tehnice de abordare a viitoarelor lucrări.

Privitor la etapa de semnare a contractului, Consiliul constată că părțile implicate (autoritatea contractantă și membrii asocierii) nu s-au aflat încă în situația descrisă la art. 4 din Acordul de asociere nr. 2763/23.11.2016, întrucât achizitorul nu a invitat membrii asocierii să semneze contractul de achiziție publică. Prin urmare, nu există proba indubitabilă că unul dintre membrii asocierii nu ar vrea/putea să semneze viitorul contract, pentru a invoca imposibilitatea obiectivă a semnării contractului de achiziție publică.

De altfel, autoritatea contractantă nici nu a emis o decizie de anulare a procedurii pentru pretinsa imposibilitate de semnare a contractului, prevăzută la art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016:

Art. 212. - (1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: […]

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau <u>dacă este imposibilă încheierea</u> contractului.

De asemenea, în lipsa analizei efective a posibilității de derulare a viitorului contract, nici imposibilitatea fortuită de executare a contractului de către câștigătorul procedurii, ce ar fi intervenit după stabilirea rezultatului, nu este relevată de achizitor. În acest context, Consiliul consideră că pretextul autorității contractante că, în lipsa membrului asocierii care a asigurat îndeplinirea unei părți din capacitatea tehnică impusă ofertanților, nu se respectă condițiile din documentația de atribuire, nu poate fi considerat motiv de refuz al semnării contractului, în condițiile în care nu a fost emisă o decizie a comisiei de evaluare în acest sens și nici nu a fost comunicată contestatoarei.

Astfel, condiția de anulare obligatorie a procedurii de atribuire, regăsită la litera e) a amintitei reglementă, de asemenea, nu este îndeplinită: *dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câştigătoare din cauza faptului că ofertantul în*

cauză se află într-o situaţie de forţă majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul şi nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a finalizat procedura de atribuire, în sensul că nu a emis nicio decizie în sensul uneia dintre cele două posibilități permise de lege (art. 211 din Legea nr. 98/2016), adică nu a chemat câștigătorul procedurii pentru semnarea contractului și nici nu a decis anularea procedurii:

Art. 211. - Procedura de atribuire se finalizează prin:

a) încheierea contractului de achiziţie publică/acordului- cadru; sau

b) anularea procedurii de atribuire.

Nici adresa nr. 19289 din 10.01....., nici răspunsul nr. 383 din 19.01..... la notificarea prealabilă nu reprezintă acte de finalizare a procedurii de atribuire, ci documente care neagă dreptul de încheiere a contractului de achiziție publică.

Or, în considerarea obligațiilor legale explicite, autoritatea contractantă trebuia să emită o decizie care să statueze asupra finalității neîndoielnice a procedurii de atribuire, în sensul semnării contractului sau anulării procedurii de atribuire, doar în condițiile precizate la art. 143-145 din Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016.

În mod implicit, Consiliul consideră că nu există nici premisele obligării achizitorului la semnarea contractului cu membrii asocierii în cauză, așa cum pretinde contestatoarea, câtă vreme nu au fost efectuate demersurile de invitare la etapa de semnare contractului.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația în parte, în sensul că va anula actele atacate și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile, prin invitarea câștigătorului procedurii la etapa de semnare a contractului de achiziție publică. În același timp, Consiliul va respinge solicitarea de obligare a autorității contractante la semnarea contractului cu ofertantul câștigător, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în procedura inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de .....

Anulează adresa nr. 19289/10.01..... și adresa nr. 383/19.01....., acte emise de autoritatea contractantă - .....

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile, prin invitarea câștigătorului procedurii la etapa de semnare a contractului de achiziție publică.

Respinge solicitarea de obligare a autorității contractante la semnarea contractului cu ofertantul câștigător, ca nefondată.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

.....