



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +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: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50717/18.11.2020, formulată de către ..., cu sediul în ... și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., reprezentată prin avocat ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva documentației de atribuire emisă de către ..., cu sediul în comuna ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție «Modernizare drumuri locale în comuna ..., județul ...»”, se solicită admiterea contestației și, în principal, anularea cerințelor criticate și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației în temeiul art. 22 alin. (1) și următoarele din Legea nr. 101/2016, precum și obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de acest demers.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică documentația de atribuire, constatând că aceasta impune o serie de factori de evaluare, cerințe și condiții imprecise,

disproporționate, restrictive sau care nu au legătură cu obiectul contractului, așa cum se detaliază în continuare.

Contestatorul evocă, cu titlu prealabil, faptul că obiectul prezentei proceduri de atribuire este un contract de modernizare drumuri locale. Plecând de la această încadrare de clasă tehnică inferioară (clasa tehnică V și categorie de importanță C), este evident că prezentul contract prezintă un grad de complexitate redus comparativ cu un contract de modernizare/construire autostrăzi, drumuri naționale sau chiar drumuri județene.

În continuare, contestatorul arată că documentația de atribuire conține cerințe vădit disproporționate în raport cu obiectul contractului, fapt care contravine reglementarilor legale în materie.

A. Critici vizând prevederile fișei de date a achiziției

(i) Factorul de evaluare și cerințele minime stabilite pentru experții cheie utilizați ca factori de evaluare contravin prevederilor art. 187 alin. (3) și art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 32 alin. (3), (4) și (8) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatorul precizează că, 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” și se prevede un număr de 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%) și perioada de execuție a lucrărilor (cu o pondere de 5%).

Astfel, contestatorul apreciază că cel de-al doilea factor de evaluare (experiența echipei de experți) este nelegal și citează prevederile din fișa de date a achiziției, precum și dispozițiile art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, art. 32 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 și art. 10 alin. (1) – (4) din Instrucțiunea 1/2017.

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

Contestatorul arată că, distinct de aceste aspecte, în caietul de sarcini (pag. 5-6), aceiași experți sunt menționați și cu titlu de cerință minimă, citând respectivele cerințe pentru șef echipă proiectare, inginer proiectant CFDP, inginer geodez și inginer topometrist.

Această dublă prevedere încalcă, în primul rând, dispozițiile art. 32 alin. (4) din H.G. 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.

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

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

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

De asemenea, contestatorul citează cerința aferentă celui de-al patrulea factor de evaluare - perioada de execuție a lucrărilor și arată că, la acest moment, obiectivul nu are finanțare, iar procedura se desfășoară sub condiția unei clauze suspensive, pe care o citează și precizează că, în condițiile în care lipsește finanțarea, iar autoritatea contractantă este dispusă să aștepte 12 luni încheierea unui contract de finanțare, aceasta impune un punctaj artificial pentru o diferență de perioadă de execuție nesemnificativă ($12-9=3$ luni) în comparație cu mențiunile clauzei suspensive.

(ii) Clauza suspensivă prevăzută la cap. II.2.14 Informații suplimentare din fișa de date a achiziției este nelegală

Contestatorul citează prevederile cap. II.2.14 din fișa de date a achiziției, unde este prevăzută clauza suspensivă, arătând că și la cap. II.2.13 Informații despre fondurile Uniunii Europene (pag. 3 din fișa de date) se menționează: *„Achiziția de referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: NU”*.

Analizând aceste mențiuni, ... constată că autoritatea contractantă, la acest moment, nu are finanțare pentru obiectivul de investiții și citează prevederile art. 43 alin. (6) și (9) din legea finanțelor publice (Legea nr. 500/2002), menționând că, în cazul de față, autoritatea contractantă precizează clar că nu este vorba despre fonduri externe.

În continuare, contestatorul evocă pct. 1 lit. b) alin. (5) din normele metodologice Programele de investiții sunt acțiuni multianuale și precizează că, întrucât autoritatea contractantă a angajat cheltuieli în anul 2019 pentru DALI și expertiza tehnică, iar în 2020 a achiziționat prin cumpărare directă (anunț DA26614057/19.10.2020) servicii de organizare de achiziții publice, reiese că obiectivul de investiție „Modernizare drumuri locale în comuna ..., județul ...” este cuprins în programul de investiții publice, iar în cazul de față, conform prevederilor Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice, finanțarea pentru acest obiectiv trebuia asigurată integral.

Astfel, inserarea unei atare 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 sensul nelegalității acestui tip de clauze suspensive, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și prevederile Ghidului de bune practici publicat de ADR SV Oltenia, din care citează.

Contestatorul evocă art. 145 din H.G. nr. 395/2016, menționând că autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii. Or o astfel de clauză suspensivă produce tocmai un astfel de efect. Totodată, se citează din Circulara nr. 60508/7.08.2019, transmisă de Ministerul Fondurilor Europene către beneficiarii proiectelor.

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

(iii) Chiar dacă în fișa de date nu sunt menționate persoanele ce dețin funcții de decizie la nivelul autorității contractante și nici persoanele cu putere de reprezentare din partea furnizorului de servicii auxiliare, analizând datele din SEAP, se constată că serviciile de organizare achiziții în anul 2020 au fost atribuite ofertantului S.C. ...S.R.L. (anunț cumpărare directă DA26614057/19.10.2020).

Suplimentar față de cele menționate mai sus, se constată că aceeași firmă de consultanță este implicată în desfășurarea altor 5 proceduri (anunțuri de participare: SCN1078550/10.11.2020, SCN1078552/10.11.2020, SCN1078606/11.11.2020, SCN1078608/11.11.2020 și SCN1078555/10.11.2020) tot în județul ..., 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 SCN1078555/10.11.2020) se poate constata că fișa de date conține aceeași eroare ce nu are nicio legătură cu procedurile în cauză și anume se menționează Comuna Jurilovca drept autoritate contractantă (cu titlu de exemplu - în cuprinsul clauzei suspensive de la pct. 11.2.14). Astfel, se poate concluziona că oportunitatea organizării procedurii nu are legătură cu autoritățile contractante, ci cu firma de consultanță. Toate cele 6 proceduri au ca termen de depunere a ofertelor data de 27.11.2020, acest termen fiind restrictiv pentru operatorii economici, care nu ar avea timp efectiv pentru depunerea în aceeași zi, la aceeași oră, a 6 oferte, chiar dacă au experiența și dispun de toate resursele necesare execuției contractelor.

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

Astfel, chiar dacă nici măcar nu se poate aproxima data la care vor începe lucrările (având în vedere clauza suspensivă), contestatorul arată

că 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 ca *„Ofertanții vor lua în considerare la întocmirea graficului Gantt toate fazele determinante precum și sărbătorile legale și condițiile de lucru pe timp friguros.”*

În mod evident, ofertanții nu pot să respecte aceste solicitări și implicit autoritatea contractantă să analizeze ofertele, având în vedere că documentația de atribuire nu cuprinde 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 Graficului Gantt, ținându-se seama de sărbători legale, în condițiile în care nu se știe un termen de începere a contractului.

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

Contestatorul menționează că, pe lângă faptul că nu se menționează despre ce autorizații este vorba, nu se înțelege rostul acestor teste, având în vedere că lucrările ce vor fi executate nu au un impact major asupra mediului, acest lucru fiind menționat expres chiar în DALI pus la dispoziție de autoritatea contractantă (pag. 55 DALI), din care se citează.

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

De asemenea, în fișa de date a achiziției (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, nu se înțelege cum s-ar putea ca termenul total pentru perioada de asistență tehnică să acopere și perioada de garanție de bună execuție, adică min. 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.

(v) Prin fișa de date a achiziției, 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: aducere la cotă capace cămine și borne, dar 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.

Contestatorul arată că în cazul propunerii tehnice, prin fișa de date - Nota 3 (pag. 10) se solicită: *„Toate elementele propunerii tehnice trebuie să fie corelate și să includă toate activitățile și lucrările descrise în documentația de atribuire, inclusiv DALI”*, dar în DALI nu există o listă cu categoriile de lucrări și citează din pag. 29 din DALI.

Față de aceste precizări, contestatorul pune întrebarea care sunt soluțiile adecvate și care sunt categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate de potențialii ofertanți.

Conform art. 83 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, informațiile furnizate prin documentația de atribuire trebuie să fie suficient de precise pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul general al achiziției și, pe baza acestora, să decidă transmiterea unei solicitări de participare sau neparticiparea la procedura de atribuire.

Astfel, în speță, documentația publicată nu cuprinde o listă cu lucrările ce ar trebui cotate de către potențialii 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 cu toate acestea, se constată că perioada în care se va efectua vizita este destul de restrictivă, în sensul că se menționează: *„vizita amplasamentului se va anunța cu 2 zile înainte autorității contractante ... Vizitarea amplasamentului poate fi efectuată cu până la 8 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor”*. Acest termen, chiar dacă nu încalcă niciun normativ, nu face decât să restricționeze potențialii ofertanți.

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

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

Astfel, contestatorul apreciază că cel puțin una dintre aceste note și anume Nota 2 (pag. 12), poate fi oricând interpretată, putând constitui pe parcursul evaluării un avantaj, respectiv dezavantaj pentru unul sau altul dintre eventualii ofertanți.

Totodată, contestatorul citează din pag. 16 a caietului de sarcini și precizează că, așa cum a arătat mai sus, prin fișa de date se solicită asistență tehnică și în perioada de garanție de bună execuție.

C. Critici vizând clauzele contractului

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractual în scopul de a satisface un interes general. În virtutea acestor prerogative, administrația are posibilitatea de

a impune clauze mai oneroase în contract, însă aceste clauze nu pot fi, *de plano*, nelegale, abuzive.

În consecință, chiar dacă este de esența contractelor de achiziție publică să presupună anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile sale publice, solicitările autorității contractante nu pot depăși normele legale în vigoare.

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

Chiar dacă fișa de date cuprinde o clauză suspensivă în care se menționează că autoritatea contractantă *„va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate”*, se constată că modelul de contract cuprinde la art. 13.7 aceeași clauză suspensivă. Astfel, contestatorul se întreabă care este rostul acestui articol, dacă, conform fișei de date, contractul nu poate fi semnat până la obținerea finanțării.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației și, în principal, anularea cerințelor criticate și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației în temeiul art. 22 alin. (1) și următoarele din Legea nr. 101/2016, precum și obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de acest demers.

Prin punctul de vedere nr. 2818/24.11.2020, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 52159/25.11.2020, ... solicită respingerea contestației ..., pentru următoarele motive:

A. În privința criticii aduse factorului de evaluare *„Experiența echipei de experți”*, căreia autoritatea contractantă 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 importanță în cadrul criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate-preț, aceasta precizează faptul că este legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare.

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

Așadar, înainte de a explica importanța alocării unui procent de 25% din totalul de 100% al criteriului de atribuire, strict pentru experiența echipei de proiectare, punctaj ce poate fi obținut prin dovedirea participării într-un număr semnificativ de proiecte în care a prestat servicii similare, autoritatea contractantă face mențiunea că instrucțiunea mai sus

menționată are caracter de îndrumare pentru autoritățile contractante, nu de obligativitate în aplicarea ei, aceasta dând indicații referitoare la personalul și modalitatea prin care se pot introduce în criteriul de evaluare, factorul referitor la experții cheie minim solicitați, situațiile prezentate în această instrucțiune fiind cu titlu de exemplu.

Mai mult decât atât, dacă se consideră ca și deosebit de importantă și vitală instrucțiunea în ceea ce privește argumentarea criticilor aduse, pe cale de consecință, se constată chiar prin exemplu dat în Anexa 1 a instrucțiunii, este prezentat factorul de evaluare Experiența experților - cheie, căreia i se alocă un punctaj de 24 de puncte din totalul de 100, deci punctajul alocat de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri fiind în concordanță cu cel indicat de ANAP în instrucțiunea supusă discuției.

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 asistența tehnică din partea proiectatului, aceasta nu a urmărit decât ca elaboratorul documentației tehnico-economice să fie unul capabil, care a realizat în trecut un număr suficient de mare de proiecte similare și care va putea să livreze o documentație corectă, care să poată fi ușor transpusă în operă, fără a suferi modificări substanțiale de la faza de documentație la faza de execuție sau în timpul execuției.

Așadar, prin stabilirea ca și clase în funcție de care să se acorde punctajul unui număr de trei situații în funcție de care se va acorda punctajul/expert, autoritatea contractantă s-a asigurat de faptul că ofertanții ce vor participa în cadrul acestei proceduri, vor da dovadă de un real profesionalism și își vor alege asociatul proiectant unul care va putea să elaboreze încă de la început un proiect coerent, adaptat situației din teren și în concordanță cu DALI-ul înaintat.

Mai mult decât atât, alegerea ca și experți minim solicitați și cu o experiență vastă, a unui șef de proiect inginer CFDP, a doi ingineri proiectanți CFDP și a unui inginer geodez și unul topometrist, este una logică și în concordanță cu prevederile legale evidențiate de către contestator, respectiv art. 187 alin. (5) lit. b).

Astfel, autoritatea contractantă consideră că alegerea acestor specialiști minim solicitați, precum și numărul de peste 20 de proiecte similare în cadrul cărora au prestat servicii similare, este una ce justifică impactul semnificativ și calitativ pe care îl au aceștia în economia proiectului.

De asemenea, pentru acești experți, prin caietul de sarcini, s-a solicitat ca cerință minimă un nivel de calificare și de prezență în cadrul unor contracte similare. Într-adevăr, dintr-o eroare de tehnoredactare la nivelul fișei de date, la lit. a) în loc de „a) pentru experiența constând în implicarea între 1-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 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 1/4 din punctajul maxim

alocat expertului respectiv", aspect ce putea fi constatat de ofertanți care puteau să solicite clarificări pe perioada depunerii ofertelor, aspect ce ar fi fost corect și remediat prin cadrul unei erate, astfel prevederea minimă din caietul de sarcini să fie în concordanță cu cea din factorul de evaluare din fișa de date a achiziției.

Autoritatea contractantă învederează Consiliului că adoptă, în acest sens, în măsura în care se va impune, îndreptarea erorii materiale după definitivarea procedurii de contestație.

Referitor la critica conform căreia *„Această dublă prevedere încalcă în primul rând dispozițiile art. 32 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016 care prevede că autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract”,* nu poate fi catalogată decât o neînțelegere a nivelului minim de calificare solicitat. Astfel, prin caietul de sarcini s-a menționat faptul că pentru a putea fi considerați și luați în calcul în cadrul factorului de evaluare, experții indicați prin fișa de date, trebuie să îndeplinească niște cerințe minime de calificare și experiență similare, respectiv să dețină calificarea profesională fără de care nu își pot desfășura activitatea și să fi participat în cadrul a minimum 1 contract similar la poziția pentru care a fost desemnat și deține calificarea și pentru prezenta procedură de atribuire.

Astfel 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.

B. În privința criticii aduse asupra factorului al patrulea de evaluare, respectiv Perioada de execuție a lucrărilor, autoritatea contractantă face precizarea că nu există nicio legătură între durata de execuție pe care un ofertant o va declara, cu faptul că la momentul actual, obiectivul de investiție nu are în totalitate asigurată finanțarea.

Totodată, autoritatea contractantă precizează faptul că indicarea clauzei suspensive are rolul de a informa potențialii ofertanți despre faptul că la momentul publicării pe SICAP a procedurii, investiția nu beneficiază de o finanțare totală, aceasta urmând a fi obținută în viitorul apropiat, nefiind una ipotetică, pentru că în cazul în care ar fi efectuat verificări suplimentare, contestatorul ar fi observat cu ușurință 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 inclusă 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

acelera implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind unul ce ar fi trebuit a fi făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractante, care, la momentul semnării contractului de finanțare, va avea deja finalizată procedura de achiziție publică sau va fi aproape de finalizarea ei, practic, câștigându-se timp în implementarea proiectului.

Mai mult decât atât, contestatorul nu invocă altceva decât legislație neoficială, unde chiar și aceasta nu interzice introducerea unei clauze suspensive, ci doar recomandă. Astfel, afirmația conform căreia „în sensul nelegalității acestui tip de clauze suspensive”, termenul de nelegalitate nu are un fundament real, el bazându-se de fapt pe prevederi dintr-un ghid de bune practici al ADS SV Oltenia și pe o circulară a Ministerului Fondurilor Europene, document nepublicat în Monitorului Oficial, de care inclusiv autoritățile contractante ar fi obligate să țină cont. Astfel, autoritatea contractantă consideră că afirmațiile contestatorului nu pot fi luate în calcul, iar capătul de cerere trebuie să fie respins, neavând suportul legal de bază.

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

Autoritatea contractantă face precizarea că aceste deficiențe ar fi putut fi ușor remediate prin emiterea unor erate, în cazul în care contestatorul ar fi semnalat aceste aspecte prin intermediul solicitărilor de clarificări.

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

Autoritatea contractantă consideră că nu are nicio relevanță categoria de importanță a lucrării, cu elaborarea unui grafic de execuție care să se încadreze în durata prevăzută la nivelul DALI și de complexitatea solicitată.

D. Referitor la critica adusă unei cerințe din Planul cu măsurile privind protecția mediului, autoritatea contractantă consideră critica adusă ca fiind exagerată, aceasta cu ușurință putând a fi tranșată pe calea unei solicitări de clarificări privind documentația de atribuire, nefiind imperios necesar a constitui motiv de contestație.

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

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

F. Referitor la critica privind faptul că documentația publicată nu cuprinde liste cu categorii de lucrări ce urmează a fi cotate, autoritatea contractantă face precizarea că în cadrul documentației de atribuire, au fost prezentate atât piese scrise, cât și piese desenate, ce cuprind în totalitate toate străzile supuse modernizării, piese ce conțin descrierea categoriilor de lucrări ce vor fi cotate, piese ce se coroborează cu descrierea soluției tehnice de la nivelul DALI și al expertizei. Mai mult decât atât, ofertanților li s-a atașat în cadrul documentației un grafic de preț și un grafic de plăți, pe baza cărora își vor forma oferta financiară, la acest moment neputând a se solicita întocmirea ofertei financiare pe baza unor liste de cantități predefinite, prin simplul fapt că la nivelul DALI se face o estimare tehnico-economică a lucrărilor ce urmează a fi executate, estimare ce are rol în stabilirea de fapt a valorii estimate. În graficele menționate, ofertanților li s-a indicat expres fiecare categorie de lucrări ce urmează a fi efectuată, la nivelul fiecărei străzi, însă cantitățile efective de lucrări vor fi elaborate la nivelul PTh. Astfel că ofertanții își vor crea propriile liste de cantități pe baza categoriilor de lucrări prezentate în graficul de preț și graficul de prețuri, formulare componente ale documentației de atribuire. La acest moment este excesiv a se solicita liste de cantități de lucrări pe care ofertanții să le respecte la nivelul PT și de care să fie ținuti prin asumarea lor în cadrul procedurii de atribuire. Aceștia vor fi ținuti a respecta strict încadrările valorice pe fiecare categorie de lucrări ce urmează a fi de fapt cotate la momentul elaborării PTh, încadrări pe care singuri trebuie să le determine pe baza documentației scrise și desenate.

G. Referitor la criticile aduse caietului de sarcini, autoritatea contractantă face precizarea că ofertantul acuză o cerință ca fiind restrictivă, dar care de fapt, prin propriile cuvinte, nu încalcă niciun act normativ (nici chiar o circulară sau o adresă informativă).

Astfel că autoritatea contractantă, în mod corect a dat posibilitatea, nici măcar obligativitatea, ofertanților de a vizita amplasamentul pentru a putea constata corect categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate și executate. Faptul că s-a precizat că vizita trebuie anunțată cu 2 zile înainte, este un lucru benefic ambelor părți, pentru că atât autoritatea contractantă, cât și potențialul ofertant să își poată rezerva timpul necesar pentru onorarea solicitării.

H. Referitor la critica adusă în ceea ce privește prezentarea unor categorii de lucrări ce nu sunt prevăzute în DALI și anume aducere la cotă capace cămine și borne, autoritatea contractantă face precizarea că la faza PTh pot surveni modificări ale soluției DALI, în funcție de situația din teren de la momentul elaborării documentației tehnice finale. Ori prin prezentarea unor proceduri tehnice de aducere la cotă a capacelor de canalizare și a bornelor, ofertanții vor învedera autorității contractante că în cazul în care se impune la momentul elaborării Proiectului tehnic utilizarea acestora, aceștia îl vor executa, asumându-și procedura tehnică de execuție.

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

Concluzionând, PRIMĂRIA COMUNEI ... solicită C.N.S.C. să respingă parțial pe fond, contestația, cu menținerea factorului de evaluare al experienței echipei de experți, urmând să adopte măsurile de remediere referitoare la erorile materiale constatate, prin emiterea unei erate și/sau clarificări din oficiu și prelungirea perioadei de depunere a ofertelor.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliu cu nr. 52950/02.12.2020, ... transmite Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care arată următoarele:

A. În privința factorului de evaluare, se menționează că nu s-a contestat numărul ridicat de participări în contracte ce au avut obiect prestarea de servicii similare (acest lucru a fost contestat de un alt operator economic, într-o altă procedură ce are același expert cooptat, procedură inițiată de Comuna Râmnicelu).

Prin contestație, s-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.

Astfel, legislația indică faptul că 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. De asemenea, experiența cotate în cadrul acestui factor de evaluare (0 contracte) nu este corelată cu experiența solicitată prin caietul de sarcini (minim 1 an).

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 faptul că impactul asupra nivelului calitativ de executare a contractului nu este altul față de faza DALI.

Mai mult decât atât, în punctul de vedere se apreciază: *„inginerul geodez elaborează studiul geo-tehnic pe baza căruia se poate valida sau nu în funcție de situația de la momentul întocmirii, soluția tehnică aleasă prin expertiza de la faza DALI”*.

Sușinerile autorității contractante sunt invalidate de prevederile art. 9, pct. 5 al Hotărârii nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și

conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, „Studiul geotehnic pentru Soluția de consolidare a infrastructurii se impune a fi prezentat la nivelul fazei de proiectare DALI” (Anexa nr. 5 din H.G. nr. 907/2016, pct. A Piese scrise, 3.1 Particularități ale amplasamentului, litera i).

În același act normativ se menționează faptul că soluția tehnică se stabilește la nivelul DALI și se citează art. 7 alin. (6) din H.G. nr. 907/2016.

Totodată, în punctul de vedere, autoritatea contractantă motivează includerea factorului de evaluare contestat arătând că *„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 care a mai luat parte în proiecte similare.”*

Or, așa cum s-a arătat mai sus, documentația tehnico-economică este reprezentată de DALI, a se vedea art. 9 alin. (1) din H.G. nr. 907/2016 și nu de proiectul tehnic, care conform art. 12 alin. (1) din același act normativ constituie documentația prin care proiectantul dezvoltă, detaliază și, după caz, optimizează scenariul aprobat în cadrul DALI.

Distinct de aceste aspecte, în caietul de sarcini (pag. 5-6), aceeași experți sunt menționați și cu titlu de cerință minimă. Această dublă prevedere încalcă, în primul rând, dispozițiile art. 32 alin. (4) din H.G. 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.

Mai mult decât atât, 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 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 1/4 din punctajul maxim, în timp ce la pag. 5-6 din caietul de sarcini se solicită, pentru același personal, participarea la minim 1 contract.

Din cele arătate mai sus, apare ca evident faptul că prevederile fișei de date nu sunt corelate cu obiectul real al contractului, și nici cu prevederile restului documentației de atribuire.

Așa fiind, contestatorul apreciază că se impune, ca măsură de remediere, anularea acestui factor de evaluare.

B. În privința factorului de evaluare „durata de execuție”, autoritatea contractantă susține în punctul de vedere că respectiva contestație nu se bazează pe nici un „argument real, concret”, dar în același timp nu motivează în niciun fel includerea acestui factor de evaluare.

Față de această cerință, contestatorul arată și faptul că, la acest moment, obiectivul nu are finanțare, iar procedura se desfășoară sub condiția unei clauze suspensive, pe care o citează.

Prin urmare, în condițiile în care lipsește finanțarea, iar autoritatea contractantă este dispusă să aștepte 12 luni încheierea unui contract de finanțare, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă impune un punctaj „artificial” pentru o diferență a perioadei de execuție nesemnificativă ($12-9=3$ luni), în comparație cu mențiunile clauzei suspensive.

C. Cu privire la argumentele tendențioase ale autorității contractante, sau ale expertului cooptat

Contestatorul învederează Consiliului că expertul cooptat a formulat și a depus același punct de vedere, în contestații distincte, pentru 6 autorități contractante distincte.

Pe de altă parte, alegațiile din partea finală a punctului de vedere denotă maniera în care autoritatea contractantă și expertul cooptat înțeleg drepturile de către trebuie să beneficieze potențiali ofertanți la procedurile de achiziție publică, cu referire inclusiv la dreptul de a contesta o documentație de atribuire lipsită de previzibilitate, care conține clauze ce încalcă flagrant prevederile normative în vigoare.

D. Considerații vizând clauza suspensivă și sursa de finanțare

Așa cum s-a arătat în contestație, autoritatea contractantă, la acest moment, nu are finanțare pentru obiectivul de investiții, contrar dispozițiilor legale în vigoare citate. În punctul de vedere, autoritatea contractantă apreciază că s-ar fi invocat legislație neoficială, dar contestatorul susține că a invocat încălcarea unui articol de lege oficial și anume art. 43 din Legea nr. 500/2002.

Mai departe, autoritatea contractantă apreciază că finanțarea nu este una ipotetică, întrucât obiectivul este pe lista sinteză de finanțare de la nivelul Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean.

Ordonanța nr. 25/26.07.2001 privind înființarea Companiei Naționale de Investiții S.A. 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 această anexă.

Pentru aceste proceduri, art. 9 din același program (Anexa 3 a Ordonanței nr. 25/2001), menționează: *„Compania Națională de Investiții C.N.I.-S.A. derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”.*

În acest context, contestatorul apreciază că se impune anularea procedurii de atribuire, întrucât, dacă obiectivele de investiții vor avea finanțare, procedurile de achiziție vor fi derulate de CNI și nu prin autorități locale.

De asemenea, în punctul de vedere se apreciază că organizarea licitației publice înainte de a avea contractul de finanțare semnat nu ar aduce atingere nici operatorilor economici și nici autorității contractante.

Această susținere este în mod evident neadevărată întrucât organizarea unei proceduri de achiziție cu clauză 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, aici avându-se 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 cazul în care contractul de finanțare nu se semnează într-un termen de 12 luni, atât autoritatea contractantă, cât și toți operatorii economici implicați în procedură înregistrează cheltuieli nejustificate, astfel încât timpul pierdut de data aceasta și nu câștigat, așa cum îl apreciază expertul în punctul de vedere, nu se poate traduce „într-un câștig economic”.

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

E. În privința Graficului Gantt, în punctul de vedere exprimat, autoritatea contractantă arată că nu ar fi înțeles critica formulată în contestație, respectiv de ce nu s-ar putea elabora un astfel de grafic și anexele lui.

Contestatorul reiterează faptul că, potrivit documentației de atribuire, s-a solicitat: Grafic Gantt de realizare pe etape și subetape (pag. 9 din fișa de date, pct. 3), prin etapă sau subetapă de proiect se înțelege articol de deviz (pag. 10, nota 7), ofertanții vor lua în considerare sărbătorile legale (pag. 9 din fișa de date), iar eșalonarea se va realiza la nivel de zile (ziua 1 ... ziua n).

Față de aceste prevederi din documentație, contestatorul solicită Consiliului să observe că documentația de atribuire nu cuprinde articole de deviz, prin urmare, graficul Gantt nu poate fi în mod obiectiv întocmit și nici nu se precizează data de începere a lucrărilor (această dată nici măcar nu poate fi aproximată la data depunerii ofertelor, având în vedere clauza suspensivă), astfel că nu se pot identifica sărbătorile legale, respectiv zilele lucrătoare.

Contestatorul precizează că, față de elementele esențiale ce lipsesc din documentația de atribuire, astfel cum au fost precizate mai sus, rezultă că este imposibil de elaborat un Grafic Gantt detaliat pe articole de deviz și pe zile.

Totodată, nu pot fi acceptate susținerile autorității contractante, în sensul că *„ofertanții își vor crea propriile liste de cantități pe baza categoriilor de lucrări prezentate în graficul de prețuri”*.

În mod evident, această abordare, coroborată cu prevederile Notei 2 (pag. 10 din fișa de date, respectiv pag. 12 din caietul de sarcini) este menită să afecteze previzibilitatea și transparența documentației și poate crea cu ușurință motive de excludere la aprecierea subiectivă a autorității contractante.

F. Referitor la planul cu măsurile privind protecția mediului

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă face referire la „situația delicată a mediului”, deși din DALI prezentat nu reiese o astfel de situație.

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

Pe lângă faptul că nu se menționează despre ce autorizații este vorba, contestatorul nu înțelege rostul acestor teste, având în vedere că lucrările ce vor fi executate nu au un impact major asupra mediului, acest lucru fiind menționat expres chiar în DALI pus la dispoziție de autoritatea contractantă (pag. 55 DALI).

Astfel, în prima parte a punctului de vedere, autoritatea contractantă apreciază că această critică ar fi putut fi tranșată pe calea unei solicitări de clarificări, dar nici prin punctul de vedere nu se clarifică de cine trebuie autorizate firmele care ar urma să întocmească cele două situații privind mediul.

G. Cu privire la listele de cantități, în punctul de vedere, autoritatea contractantă apreciază *„cantitățile efective de lucrări vor fi elaborate la nivelul PT”* și că *„oferanții 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”.*

Contestatorul apreciază că susținerea autorității contractante este eronată. Așa cum a arătat anterior, graficul respectiv nu cuprinde nicio cantitate, astfel încât ofertele nu vor putea fi analizate în mod obiectiv, pe baza acelorași criterii. 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.

H. Cu privire la vizita amplasamentului, este evident că atunci când contestatorul a apreciat că termenul restricționează operatorii economici, nu s-a referit la termenul în care trebuie notificată autoritatea contractantă, ci s-a referit la restricționarea numărului de zile în care se poate vizita amplasamentul și anume *„cu până la 8 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor”.*

I. Cu privire la procedurile tehnice pentru categorii de lucrări ce nu sunt prevăzute în DALI, contestatorul face mențiunea că în documentația de atribuire se fac trimiteri clare către respectarea DALI. Așa cum s-a arătat și la pct. A, conform prevederilor H.G. nr. 907/2016, la nivelul DALI se stabilește soluția tehnică, astfel încât susținerea cum că aceste proceduri au fost solicitate pentru că „*pot surveni modificări ale soluției DALI*”, nu poate fi reținută. Este evident că aceasta este o cerință ce excede obiectul contractului, necorelată cu prevederile DALI.

J. În privința erorii materiale cu privire la termenul de execuție, contestatorul precizează că nu înțelege la ce eroare se referă, întrucât acesta nu a contestat termenul de execuție.

Totodată, contestatorul remarcă faptul că autoritatea contractantă nu răspunde, prin punctul de vedere, unor critici esențiale legate de alte cerințe ale fișei de date și caietul de sarcini și anume perioada în care se va acorda asistența tehnică, care, conform cerințelor din fișa de date a achiziției, se solicită a fi mai mare decât durata contractului.

Pentru edificarea cu privire la faptul că punctul de vedere este întocmit de expertul cooptat și nu de autoritatea contractantă, contestatorul depune alăturat alte 5 puncte de vedere identice, emise sub semnătura unor autorități contractante diferite.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, cu toate consecințele juridice ce decurg din acest aspect.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 16.12.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 55861/16.12.2020, ... transmite Note Scrise, prin care învederează aspecte care, în opinia sa, pun în context decizia autorității contractante de a publica documentația de atribuire în forma în care a fost publicată și susține admiterea contestației.

1. În primul rând, dat fiind faptul că în prezent, ... 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 ..., iar sub aspectul conținutului, documentațiile de atribuire contestate sunt cvasi identice, contestatorul arată că a decis să formuleze, în temeiul Legii nr. 544/2001, cereri adresate autorităților contractante, prin care a solicitat să îi fie furnizate următoarele informații:

(i) identitatea persoanei/persoanelor care asigură consultanța în domeniul achizițiilor publice în cadrul procedurii de atribuire;

(ii) 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;

(iii) atribuțiile concrete ale consultantului/consultanților/expertiilor cooptați în desfășurarea procedurii de atribuire;

(iv) să pună la dispoziție contractul/contractele încheiate cu consultantul(ii) /expertul(ii) cooptat (i).

Contestatorul arată că, până în prezent, a primit răspunsuri de la următoarele autorități contractante: comuna ..., comuna Boldu, comuna Calvinii, comuna Amaru și comuna Râmnicelu, iar răspunsurile sunt formulate în termeni identici, în cadrul lor arătându-se următoarele:

- pentru procedurile de atribuire, autoritățile contractante au încheiat contracte de consultanță cu S.C. ...S.R.L. prin dl. 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, S.C. ...S.R.L. 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 procedură, 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, atribuțiile expertului cooptat se extind de la elaborarea documentației, evaluarea ofertelor și chiar redactarea punctelor de vedere față de eventualele contestații. Mai mult, cel mai probabil, adresele de răspuns la cererile contestatorului de acces la informații au fost redactate de expertul cooptat, din moment ce acestea sunt identice pentru toate procedurile.

Chiar dacă participarea unei persoane în calitate de expert cooptat în mai multe proceduri nu este interzisă de lege, contestatorul apreciază că, pentru situația particulară a procedurilor ce fac obiectul contestațiilor respective, 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 aceluiași expert cooptat.

2. În al doilea rând, contestatorul învederează Consiliului faptul că o primă contestație formulată împotriva unei astfel de documentații a fost deja soluționată prin Decizia CNSC nr. 2287/C3/2472,2478/10.12.2020 soluția fiind de admitere a contestației și de anulare a procedurii de atribuire.

Dintre criticile formulate de contestator și care se regăsesc și în prezenta contestație, CNSC s-a pronunțat asupra legalității condiției suspensive sub care a fost inițiată procedura de atribuire, din care citează.

Astfel, contestatorul apreciază că raționamentul Consiliului din cuprinsul acestei decizii se poate aplica *mutatis mutandis* în prezenta speță, sens în care depune anexat, cu titlu de practică judiciară, decizia CNSC menționată mai sus.

3. Totodată, având în vedere susținerile autorității contractante din punctul de vedere cu privire la includerea acestui obiectiv pe lista sinteză a CNI, contestatorul face precizarea că Ordonanța nr. 25/26.07.2001 privind înființarea Companiei Naționale de Investiții CNI S.A. 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.

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

În acest context, contestatorul consideră că se impune anularea procedurii de atribuire, întrucât, chiar dacă obiectivul de investiții va avea finanțare, procedura de achiziție va fi derulată de CNI și nu prin autoritatea locală, edificatoare în acest sens fiind prevederile Ordonanței nr. 25/2001 și anume prevederile Anexei 3 - Programul național de construcții de interes public sau social, respectiv art. 4, art. 7 și art. 9, pe care le citează.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației sale.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție «Modernizare drumuri locale în comuna ..., județul ...»”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare simplificat nr. ...

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 10.615.549,24 lei, fără TVA.

Preliminar, Consiliul a avut în vedere cererea privind suspendarea procedurii de atribuire formulată de către ..., motiv pentru care a pronunțat Încheierea nr. 2214/C7/2567/24.11.2020, prin care s-a admis respectiva solicitare și s-a dispus suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației.

Analizând, pentru început, criticile contestatorului privind clauza suspensivă, Consiliul reține că, la secțiunea „II.2.14 Informații suplimentare” din fișa de date a achiziției publicată în SEAP ca anexă la anunțul de participare simplificat nr. ..., autoritatea contractantă a precizat următoarele: *„Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, Comuna Jurilovca în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției*

vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”.

Totodată, Consiliul reține că, la secțiunea II.2.13 din fișa de date, autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația, nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Prin punctul de vedere nr. 2818/24.11.2020 înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 52159/25.11.2020, autoritatea contractantă a precizat că „(...) prezenta procedură are la bază includerea deja pe lista sinteză de finanțare, de la nivelul Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean. Deci, referitor la finanțare, aceasta se va realiza în viitorul apropiat, deja fiind inclus în strategia de dezvoltare a CNI. Mai mult decât atât, în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală, legalitatea publicării anunțului de participare simplificat fiind una veridică. Clauza suspensivă ca și scop, are rolul de a accelera de fapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind de fapt unul ce ar fi trebuit a fi făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractate, care la momentul semnării contractului de finanțare va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică sau va fi aproape de finalizarea ei, practic câștigându-se timp în implementarea proiectului, acesta urmând a fi unul de actualitate la momentul implementării lui și cu o încadrare cât mai reală în costurile estimate și valoarea finanțată. În cazul în care dacă s-ar aștepta încă 24 luni spre exemplu pentru a se semna finanțarea, urmate de alte luni pentru parcurgerea procedurii de atribuire, nu ar fi decât în detrimentul atât al constructorului cât și al beneficiarului, prin prisma costurilor suplimentare ce vor surveni pe această perioadă”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Față de cele de mai sus, Consiliul reține faptul că rolul PRIMĂRIEI COMUNEI ... 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”, PRIMĂRIA COMUNA ... 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, PRIMĂRIA COMUNEI ... a organizat prezenta procedură de atribuire fără să identifice concret vreo sursă de finanțare a respectivului contract de proiectare și execuție.

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

prevederilor art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 anterior citate.

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

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

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

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

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

Din interpretarea normei juridice anterior menționată, Consiliul reține că PRIMĂRIA COMUNEI ... avea dreptul să includă în programul de investiții publice și implicit să inițieze procedura pentru modernizarea drumurilor locale numai dacă putea să asigure integral finanțarea acestui

obiectiv, deoarece singura excepție permisă de norma juridică anterioară, respectiv aceea în care obiectivul ar fi fost finanțat din fonduri externe, este infirmată de prevederile secțiunii secțiunea II.2.13 din fișa de date în care autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

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

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

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

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

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

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

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

publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”.

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

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

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

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

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că a fost investit de aceeași societate cu mai multe contestații similare, soluțiile pronunțate fiind în aceeași direcție, organul administrativ fiind ținut de obligația asigurării practicii unitare prin soluțiile pe care le pronunță (potrivit celor precizate în cap. VII din Legea nr. 101/2016) respectiv Deciziile nr. 2389/C1/2568/22.12.2020, nr. 2399/C10/2566/23.12.2020 și nr. 2287/ C3/2472,2478/10.12.2020.

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

Condiționarea încheierii contractului de achiziție publică prin stabilirea unei condiții suspensive generice, cum este identificarea sau obținerea finanțării, este susceptibilă să implice un grad semnificativ de subiectivitate a autorității contractante, care poate avea, prin acțiunea sau inacțiunea sa, un rol decisiv în finalizarea cu succes a procedurii de obținere a finanțării, în condițiile în care o astfel de procedură implică de regulă un număr mare de pași și documente care trebuie realizați sau întocmite de autoritatea

contractantă. Or, o autoritate contractantă nu poate include într-o procedură de atribuire elemente care i-ar conferi un drept de alegere de a încheia sau nu contractul respectiv.

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

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

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

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

Astfel, potrivit paragrafului 58 din decizia Curții Constituționale nr. 22/2016, *„textul constituțional se referă la caracterul obiectiv și efectiv al*

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

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

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

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

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

contractului de achiziție publică, în deplină cunoștință a lipsei sursei de finanțare pe care a înlocuit-o în mod nelegal cu o clauză suspensivă.

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

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

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., județul ... și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., ..., județul ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în comuna ..., județul ... și dispune anularea procedurii de atribuire.

Admite cererea formulată de către ..., privind obligarea autorității contractante ... la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației și obligă ... la plata către ... a sumei de 2.893,44 lei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua Deciziei,
Consilier ...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 30 (treizeci) pagini.