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; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de ....., format din ..... SA, SC ..... SA, SC ..... SA și SC ..... SRL, prin ..... SA, CIF ....., înregistrată la Registrul Comerțului din ..... sub ....., cu sediul în ....., ..., reprezentată legal de ... și convențional de ..., cu sediul procesual ales în ....., privind procedura de dialog competitiv pentru atribuirea contractului de concesiune de lucrări având ca obiect ”.....”, cod CPV 45223310-2, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea comunicării nr. 3764/13.10..... prin care autoritatea contractantă i-a comunicat răspunsul la notificarea prealabilă, a comunicării nr. 3544/26.09..... prin care autoritatea contractantă l-a informat că a anulat procedura de atribuire și a tuturor actelor subsecvente și conexe;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii și stabilirea ofertei câștigătoare.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față,

prin care ..... reclamă decizia de anulare a procedurii de atribuie menționată în partea introductivă, comunicată prin adresa nr. 3544/26.09....., apreciind-o nelegală, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că prin anunțul de concesionare nr. ..... publicat în SEAP la data de ....., autoritatea contractantă a invitat operatorii economici să prezinte oferte în vederea participării la procedura de atribuire a contractului de concesiune de lucrări publice Parcaj subteran ..., CPV - 45223310-2 - Lucrări de construcții de parcări subterane, arătând că intenționează să încheie un contract de concesiune având ca obiect finanțarea, proiectarea, construcția și operarea unei parcări subterane și că investitorul va finanța integral proiectul și va dobândi dreptul de concesiune în schimbul unei redevențe stabilită procent din venit. ... a depus candidatură în cadrul procedurii de atribuire.

În data de 20.10.2010, prin adresa nr. 4531/20.10.2010, autoritatea contractantă l-a informat cu privire la selectarea candidaturii sale în etapa a II-a, invitându-l la participarea la derularea dialogului competitiv în perioada 25 octombrie-8 noiembrie.

În data de 19.10.2010, Primarul General a acordat comisiei de evaluare mandatul necesar desfășurării etapei de dialog competitiv.

În cadrul etapei dialogului au avut loc un număr de 13 întâlniri în care au fost discutate soluțiile tehnice, montajul financiar și juridic, inclusiv alocarea riscurilor.

În ciuda așteptărilor sale ca procedura să se finalizeze prin semnarea de către părți a unui contract de concesiune de lucrări, în mod total neașteptat, autoritatea contractantă a comunicat prin adresa nr. 3544/26.09..... că a luat decizia de a anula procedura de atribuire în temeiul prevederilor art. 209 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 34/2006, având în vedere următoarele considerente:

- *"Perioada de timp trecută de la momentul inițierii procedurii de atribuire, conduce la apariția riscului ca elementele care au stat la baza elaborării organizării procedurii de atribuire (studiul de fezabilitate și studiul de fundamentare a deciziei de concesionare) să nu mai corespundă condicilor actuale";*
- *"Actualizarea studiului de fezabilitate și a studiului de fundamentare ar conduce la afectarea principiilor transparenței și tratamentului egal, principii care stau la baza atribuirii contractului de concesiune de lucrări prevăzute la art. 2 alin. (2), lit. a)-f) - conform art. 209, alin. (2) din OUG nr. 34/2006".*

În data de 06.10....., contestatorul arată că a formulat notificare prealabilă prin care a solicitat anularea comunicării nr. 3544/26.09..... prin care autoritatea contractantă l-a informat că a anulat procedura de atribuirea și a tuturor actelor subsecvente și conexe, precum și continuarea procedurii și stabilirea ofertei câștigătoare.

Prin comunicarea nr. 3764/13.10....., autoritatea contractantă a respins cererile formulate prin notificarea prealabilă, arătând că menține hotărârea de anulare a procedurii de atribuire și nu ia nicio măsură de remediere, deoarece decizia sa se întemeiază și pe „cele prevăzute la

nivelul adresei emise de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice („ANAP") nr. 6926/30.05.....”, care „are un rol fundamental, printre altele, în implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice, stabilirea și implementarea sistemului de verificare și control al aplicării unitare a dispozițiilor legale și procedurale în domeniul achizițiilor publice, precum și monitorizarea funcționării eficiente a sistemului de achiziții publice."

În opinia contestatorului, decizia autorității contractante de a menține hotărârea de anulare a procedurii de atribuire și decizia de a anula procedura de atribuire, precum și actele subsecvente și conexe sunt nelegale și netemeinice, încălcând prevederile naționale în materia achizițiilor publice, respectiv dispozițiile art. 209 alin. (1) lit. d) și alin. (2), art. 106 alin. (4) și (5) și următoarele din OUG nr. 34/2006, precum și art. 45 din HG nr. 71/2007.

Ca urmare a încălcării dispozițiilor legale invocate, actele menționate au drept consecință încălcarea principiilor din materia achizițiilor publice, respectiv a principiului transparenței (art. 2 alin. 2 lit. d), al nediscriminării (art. 2 alin. 2 lit. a), al tratamentului egal (art. 2 alin. 2 lit. b) al proporționalității (art. 2 alin. 2 lit. e) din OUG nr. 34/2006) și a principiului asumării răspunderii (art. 2 alin. 2 lit. g) din OUG nr. 34/2006) și nu în ultimul rând a principiului utilizării eficiente a fondurilor (art. 2 alin. 2 lit. f) din OUG nr. 34/2006).

Totodată, toate aceste încălcări ale legislației naționale constituie încălcări ale dispozițiilor corespondente din legislația europeană în materia achizițiilor publice.

1. <u>Decizia autorității contractante de a menține hotărârea de anulare a procedurii de atribuire și decizia de a anula procedura, precum și actele subsecvente și conexe încalcă dispozițiile art. 209 alin. (1) lit. d) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 45 din HG nr. 71/2007</u>

a) Decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire și de a menține această hotărâre nu se poate întemeia exclusiv pe opinia ANAP exprimată (la solicitarea autorității contractante) în adresa nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....)

Astfel, contestatorul arată că potrivit art. 3 lit. c) din OUG nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, cu modificările și completările ulterioare („OUG nr. 13/2015"), ANAP are, între altele, atribuția de a acorda *„consilierea metodologică a autorităților contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică și de concesiune, cu rol de suport operațional în aplicarea corectă a legislației în acest domeniu".*

Legislația de profil nu clarifică expres natura juridică a punctelor de vedere exprimate de ANAP la solicitarea autorității contractante. Se observă că nu există o prevedere legală în sensul că punctele de vedere exprimate de ANAP cu prilejul consilierii metodologice ar fi obligatorii. Pe de altă parte, în temeiul art. 72 alin. 92) lit. k) din HG nr. 925/2006, răspunderea pentru identificarea situațiilor justificate în care este necesară anularea procedurii de atribuire și elaborarea unei propuneri de anulare a procedurii de atribuire aparține comisiei.

Pornind de la aceste observații, din analiza conținutului adresei emise de ANAP reiese faptul că, în mod inexplicabil, aceasta a indicat în mod vădit greșit existența în speța în discuție a unei circumstanțe care ar atrage obligația autorității contractante de a anula procedura de atribuire.

Mai mult, contestatorul consideră că întemeierea deciziei autorității contractante pe acest punct de vedere al ANAP constituie o încălcare a principiului asumării răspunderii reglementat prin art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006.

Contestatorul evidențiază faptul că, deși a menționat în comunicarea nr. 3764/13.10..... că decizia anulării procedurii de atribuire este întemeiată și pe opinia ANAP, în realitate autoritatea contractantă a fundamentat această decizie exclusiv pe opinia ANAP, preluând în mare parte prin citare argumentele acesteia de pe pagina 3 din adresa nr. ”3626/30.06.....” (corect nr. 6926/30.05.....) emisă de ANAP și neprezentând argumente suplimentare în condițiile în care, anterior primirii adresei ANAP, comisia de evaluare era vădit convinsă de legalitatea și necesitatea continuării procedurii de atribuire.

De asemenea, contestatorul consideră că opinia ANAP exprimată în adresa nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....) este nelegală și netemeinică pentru următoarele considerente:

ANAP nu a verificat modul de derulare a procedurii de atribuire pentru a avea o imagine obiectivă asupra situației, ci a emis o opinie exclusiv în baza informațiilor furnizate de autoritatea contractantă, nu de comisia de evaluare, care a prezentat trunchiat situația de fapt, menționând exclusiv aspectele care erau susceptibile de a conduce la recomandarea emisă.

Ca urmare, opinia ANAP este bazată pe analiza superficială și subiectivă a dosarului achiziției.

Contestatorul consideră că, pentru exprimarea unei opinii obiective, ANAP avea obligația de a verifica nemijlocit situația de fapt, fiind relevant modul concret în care s-a derulat procedura, motivele prelungirii acesteia, stadiul în are se află procedura etc.

Această analiză este extrem de importantă din perspectiva respectării principiului proporționalității care impune ca măsura recomandată autorității contractante (anularea procedurii) care afectează grav dreptul consorțiului său să fie corespunzătoare atingerii unui scop legitim, necesară în vederea atingerii acelui scop și în același timp cea mai rezonabilă. În acest sens, contestatorul face trimitere la precizările de la punctul 3 din prezenta contestație.

Contestatorul subliniază că, prin opinia exprimată, ANAP modifică documentația de atribuire în baza căreia consorțiul său a depus candidatura și a participat vreme de peste 6 ani la etapele de dialog, alocând resurse umane și financiare semnificative în scopul încheierii contractului și realizării investiției.

ANAP (ANRMAP) a evaluat conformitatea documentației de atribuire în 2010 și a emis un aviz privind conformitatea acesteia cu legislația în vigoare la momentul publicării.

Mai mult, conținutul opiniei ANAP încalcă prevederile propriilor instrucțiuni în care instituția a stabilit în ce constau abaterile grave de la prevederile legislative, respectiv dispozițiile art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea din 24.09.2014 în aplicarea prevederilor art. 209 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (Instrucțiunea ANRMAP din 24.09.2014).

Or, orice interpretare a documentației de atribuire sau a legii care adaugă sau modifică o documentație care a produs efecte juridice în circuitul civil nu este permisă nici autorității contractante, nici ANAP.

O interpretare contrară constituie o încălcare a principiului securității juridice ce implică coordonate precum neretroactivitatea, accesibilitatea și previzibilitatea legii și interpretarea unitară.

Astfel, caracterul estimativ al calendarului de atribuire prezentat în documentația de atribuire nu poate fi modificat într-un calendar obligatoriu, deoarece:

- Documentația de atribuire nu a fost contestată sau modificată. Autoritatea contractantă, ceilalți candidați și consorțiul său a achiesat la prevederile documentația de atribuire și ale legii aplicabile procedurii în speță care nu prevedea un termen maxim pentru finalizarea acesteia;

- Toate condițiile derulării procedurii și mai ales termenele obligatorii trebuie făcute cunoscute candidaților încă de la publicarea documentației, fiind elemente esențiale în raport de care aceștia își adaptează conduita. Or, în speță, anularea procedurii într-o etapă înaintată a etapei dialogului, când este de așteptat finalizarea procedurii, după ce consorțiul său și autoritatea contractantă a angajat resurse semnificative pentru finalizarea procedurii, reprezintă o încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal, proporționalității, asumării răspunderii, utilizării eficiente a fondurilor publice;

- OUG nr. 35/2013 care a instituit la un moment dat, ulterior declanșării procedurii în speță, un termen de 120 de zile pentru dialogul competitiv nu poate produce efecte juridice retroactiv.

- Legislația achizițiilor publice interzice interpretarea documentației de atribuire în mod subiectiv de către autoritatea contractantă care, în cazul în speță, după ce a refuzat în mod repetat, fără nici un motiv, să finalizeze dialogul competitiv a anulat procedura susținând că durata dialogului a fost prea lungă.

În opinia contestatorului, în condițiile în care, în speță, nu există o încălcare a unei prevederi legale prin derularea dialogului competitiv pe o perioadă îndelungată de timp, atingerea adusă principiilor transparenței și asumării răspunderii invocată de ANAP nu poate fi prezumată pe baza unor dispoziții legale neaplicabile la data demarării procedurii.

Ca urmare, contestatorul consideră că simpla prelungire a duratei procedurii nu este o dovadă suficientă a încălcării principiilor transparenței și asumării răspunderii invocată de ANAP și preluată de autoritatea contractantă.

ANAP nu a demonstrat că, prin prelungirea duratei procedurii, s-a adus în mod concret și actual o atingerea principiilor transparenței și asumării răspunderii.

Contestatorul subliniază că această atingere trebuie să fie certă, nicidecum să rezide într-un eventual risc care doar „se conturează".

Or, presupusele atingeri aduse principiului transparenței și al asumării răspunderii constau în riscuri, adică în posibilități de a suporta o pierdere în viitor, dar impactul acestor riscuri nu a fost analizat și stabilit în mod riguros și efectiv.

Astfel, se poate observa că argumentația ANAP privind atingerile aduse principiului transparenței și al asumării răspunderii se limitează la a arăta că perioada îndelungată de derulare a procedurii face să se contureze riscul ca anumite elemente care au stat la baza organizării procedurii, adică studiul de fundamentare a deciziei de concesionare și studiul de fezabilitate să nu mai corespundă condițiilor actuale, iar actualizarea acestora pe perioada derulării procedurii ar putea crea *„condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura inițială de atribuire, ar fi permis și participarea/selectarea altor candidați”.*

Așadar, în condițiile în care nu a verificat studiul de fundamentare a deciziei de concesionare și studiul de fezabilitate, ANAP emite în mod neîntemeiat o opinie cu privire la posibilă existență a unui risc potențial ca aceste documente să nu mai corespundă situației actuale și la necesitatea previzibilă de actualizare a acestora.

Contestatorul precizează că ANAP, pe de o parte, ignoră faptul că aceste documente vizează concesiunea unor lucrări pe o perioadă lungă de timp și că datele analizate în cadrul acestor documente și proiecțiile/soluțiile sunt și rămân valabile pe toată perioada preconizată pentru concesionare.

Or, este lipsită de temei susținerea că soluția avută în vedere de autoritatea contractantă la lansarea procedurii de atribuire (concesiunea de lucrări) nu ar mai fi actuală, câtă vreme necesitatea construirii parcărilor în zona Piața Universității și intenția Primăriei în acest sens sunt cunoscute încă din anul 2006, iar durata unui contract de concesiune menit să răspundă acestor nevoi ale autorității contractante nu poate fi decât una lungă pentru a permite investitorului privat să recupereze investiția și să realizeze un profit rezonabil.

De asemenea, contestatorul precizează că ANAP, pe de altă parte, ignoră total specificul procedurii dialogului competitiv care se aplică atunci când autoritatea contractantă nu este, în mod obiectiv, în măsură să definească specificațiile tehnice capabile să îi satisfacă necesitățile și exigențele și/sau să stabilească montajul financiar și/sau cadrul juridic de implementare a proiectului.

Ca urmare, contestatorul menționează că, conținutul studiului de fundamentare a deciziei de concesionare și al studiului de fezabilitate care stau la baza procedurii de atribuire prin dialog competitiv nu necesită actualizare câtă vreme concesiunea este soluția care rămâne valabilă în baza unei analize ce ia în calcul proiecții economice, tehnice, de trafic

pentru o perioadă îndelungată. În acest sens, contestatorul face trimitere la precizările de la lit. b) (ii) de mai jos.

Mai mult, contestatorul arată că, în speță, atribuirea riscurilor uneia sau alteia dintre părți este obiect al etapei dialogului, așadar poate face obiectul acordului părților în cazul în care este considerat un potențial risc.

Riscul despre care face vorbire ANAP poate fi încadrat în Tabelele 1-7 din Documentația de atribuire (paginile 34-37), după caz, iar propunerea autorității contractante din documentația de atribuire este aceea de a fi suportate în întregime de către concesionar.

Așadar, contestatorul susține că nu există un impact real al riscului invocat de ANAP și preluat de autoritatea contractantă, în condițiile în care actualizarea studiilor nu este necesară și părțile pot agrea montajul financiar și/sau cadrul juridic de implementare a proiectului, astfel încât autoritatea contractantă să nu își asume respectivul risc.

Or, de vreme ce etapa dialogului nu a fost finalizată, deși dialogul a avansat foarte mult, continuarea procedurii nu poate afecta principiul asumării răspunderii în maniera exprimată de ANAP și preluată de autoritatea contractantă.

Din aceleași motive, contestatorul consideră că nu există nici o încălcare a principiului transparenței, etapa dialogului fiind esențială în cadrul procedurii dialogului competitiv și având ca obiect soluțiile tehnice, montajul financiar și/sau cadrul juridic de implementare a proiectului.

Cu privire la temeiul de drept pe care își întemeiază ANAP punctul de vedere și recomandarea, contestatorul face trimitere la precizările de la litera b).

<u>b) Decizia de anulare a procedurii de atribuire este nelegală și netemeinică</u>

Contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 209 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, prin excepție de la prevederile art. 204, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică numai în următoarele cazuri:

„a) autoritatea contractantă se află în una dintre situațiile prevăzute la art. 86 alin. (2) lit. a), art. 102 alin. (2) lit. a) sau art. 117 alin. (2) lit. a);

b) au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme;

c) nu a fost depusă nicio ofertă sau au fost depuse oferte care, deși pot fi luate în considerare, nu pot fi comparate datorită modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/sau financiare;

d) abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului".

Situațiile menționate sunt expres și limitativ reglementate, fapt confirmat și de prevederile art. 45 din HG nr. 71/2007 care stabilește că singura excepție de la obligația autorității contractante de a finaliza procedura de atribuire prin încheierea contractului de concesiune de lucrări publice este situația în care aceasta exercită dreptul de a anula procedura în temeiul art. 209 din ordonanța de urgență. Textul alin. (2) al art. 45 din HG nr. 71/2007 subliniază faptul că numai în situațiile reglementate prin

art. 209 din ordonanța de urgență poate autoritatea contractantă să exercite dreptul de a anula procedura de atribuire. Reiese așadar că reglementarea de excepție este de strictă interpretare și aplicare.

Întrucât situația de la litera d) din art. 209 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 era prea largă pentru a putea asigura aplicarea corectă a unei norme de excepție, legiuitorul a reglementat în alin. (2) înțelesul noțiunii de abatere gravă care afectează procedura de atribuire.

Astfel, potrivit alin. (2) al aceluiași articol:

"*(2) în sensul prevederilor alin. (1) lit. d), procedura de atribuire se consideră afectată în cazul în care se îndeplinesc, în mod cumulativ, următoarele condiții:*

a) *în cadrul documentației de atribuire și/sau în modul de aplicare a procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni care au ca efect încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)*- f);

b) *autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă, la rândul lor, la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f)".*

Așadar, pentru a putea anula procedura de atribuire în temeiul art. 209 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 34/2006, trebuie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- Identificarea unei abateri grave de la prevederile legislative în cadrul documentației de atribuire și/sau în modul de aplicare a procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni;
- Abaterea afectează procedura de atribuire având ca efect încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) și autoritatea contractantă se află în imposibilitate de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă, la rândul lor, la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f).

Contestatorul arată că în vederea clarificării acestei prevederi ANRMAP a emis Instrucțiunea ANRMAP.

Astfel, potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea ANRMAP, prin noțiunea de *„abateri grave de la prevederile legislative*" se înțelege:

"*a) criteriile de calificare și selecție prevăzute în cadrul invitației/anunțului de participare, precum și în documentația de atribuire au fost modificate;*

b) criteriul de atribuire și/sau factorii de evaluare prevăzuți în cadrul invitației/anunțului de participare, precum și în documentația de atribuire au fost modificați și/sau completați;

c) *pe parcursul analizei, evaluării și/sau finalizării procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență;*

d) *deciziile luate de autoritatea contractantă în procesul de evaluare a ofertelor au la bază cerințe/criterii de calificare și/sau selecție ce nu se regăsesc în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare;*

e) *orice situație reglementată expres de ordonanța de urgență."*

În urma analizării acestor prevederi legale se observă că autoritatea contractantă nu a precizat pe care dintre ipotezele prevăzute de lege își întemeiază decizia, respectiv fie descoperirea unor abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire, fie este imposibilă încheierea contractului.

Motivele invocate de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 3544/26.09..... nu se încadrează în niciuna dintre situațiile reglementate expres și limitativ de lege.

(i) Autoritatea contractantă nu a identificat nicio abatere gravă de la prevederi legale în cadrul documentației de atribuire

Contestatorul arată că motivele invocate vizează exclusiv durata îndelungată a procedurii și faptul că, în opinia autorității contractante ar exista riscul ca studiul de fezabilitate și studiul de fundamentare a deciziei de concesionare să nu mai corespundă condițiilor actuale, iar o eventuală actualizare a acestora ca măsură de remediere a situației ar putea conduce la încălcarea principiilor transparenței și tratamentului egal.

Totodată, contestatorul subliniază faptul că OUG nr. 34/2006 în forma aplicabilă raportului juridic nu reglementează durata dialogului competitiv, deci durata îndelungată a acestuia în speță nu se încadrează în prevederile art. 209 alin. (1) lit. d) coroborat cu alin. (2) din OUG nr. 34/2006. De asemenea, nici Directiva 18/2004 nu prevede un termen limitativ pentru derularea dialogului competitiv.

Mai mult, autoritatea contractantă a precizat în fișa de date, secțiunea I.e) Calendarul procedurii, în nota de subsol că datele din acest calendar sunt estimative, nicidecum obligatorii.

Or, conform art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006:

"Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire."

Nu în ultimul rând, în alin. (2) lit. b) al aceluiași articol, se precizează expres că documentația de atribuire trebuie să cuprindă în mod obligatoriu instrucțiuni privind date limită care trebuie respectate și formalități care trebuie îndeplinite în legătură cu participarea la procedura de atribuire.

Așadar, din dispozițiile legale citate rezultă că autoritatea contractantă are obligația de a include în documentația de atribuire toate cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare derularea procedurii de atribuire în scopul asigurării informării complete, corecte, precise și explicite a operatorilor economici cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției.

Prin urmare, contestatorul arată că din interpretarea prevederilor documentației de atribuire mai sus menționate în conformitate cu prevederile art. 33 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006 și ale art. 14 alin. (1) din HG nr. 71/2007 rezultă că autoritatea contractantă a impus candidaților ca regulă obligatorie derularea dialogului competitiv fără limitarea duratei acestuia.

De asemenea, contestatorul arată că în mod constat, în practica judecătorească și în practica CNSC se menționează că odată ce autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire „prin raportare la necesitățile sale, acestea nefiind contestate de nici un ofertant, documentația și-a consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți. În acest sens documentația de atribuire nu poate fi modificată, în sensul completării înțelesului unor cerințe clare, (...)” (decizia CNSC nr.....).

Contestatorul precizează că a respectat regula instituită de autoritatea contractantă, ca de altfel și autoritatea contractantă însăși, iar aceasta din urmă nu poate schimba regulile în cursul derulării procedurii în condițiile în care nu exista o prevedere legală care să stabilească durata maximă a dialogului competitiv aplicabilă în speță.

De asemenea, contestatorul subliniază că în speță nu pot fi identificate nici abateri grave de la prevederile legislative în modul de aplicare a procedurii de atribuire constând în erori sau omisiuni ale comisiei de evaluare.

Comisia de evaluare a pus în aplicare întocmai prevederile documentației de atribuire, neimpunând ca obligatorii termenele estimative din calendarul procedurii stabilit prin Fișa de date.

În acest sens, contestatorul face trimitere la adresa nr. 11055 din 05.11.2010, pe care o anexează, prin care autoritatea contractantă a precizat care sunt etapele dialogului și a stabilit data de începere a dialogului la 15.11.2010, în condițiile în care potrivit calendarului aceasta a estimat că va începe în septembrie 2010, iar contractul va fi semnat în noiembrie. Voința autorității contractante reiese foarte clar din modul în care a înțeles să aplice prevederile documentației de atribuire.

Așadar, durata procedurii nu a fost prelungită din eroare, ci din motive legate de necesitatea stabilirii soluțiilor care să răspundă necesităților autorității contractante din punct de vedere tehnic, financiar, juridic etc., cum nu din eroare, ci în perfectă concordanță cu legea, s-a stabilit în mod expres că termenele din calendarul procedurii sunt estimative.

Contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă cunoștea încă de la început că nu se va putea încadra în durata estimată și că nu putea anticipa durata procedurii, acest aspect reieșind din discuțiile purtate în timpul etapei dialogului respectiv:

- autoritatea contractantă nu deținea avize de la furnizorii/operatorii rețelelor de utilități existente în zona în care urma să fie construită parcarea. Autoritatea contractantă i-a predat aceste avize consorțiului său în martie 2011 prin Procesul verbal nr. 808/18.03.2011;
- autoritatea contractantă nu deținea informații privind titularii drepturilor de proprietate/folosință asupra terenurilor/clădirilor din zona adiacentă amplasamentului parcării și privind regimul juridic al acestora;
- soluția tehnică propusă de consorțiul său trebuia discutată și agreată de reprezentanții Universității de Arhitectură și Urbanism Ion Mincu pentru a asigura cea mai bună soluție care să răspundă nevoilor de circulație și tehnice, respectiv celor privind amenajarea spațiului

înconjurător Universității, după cum reiese din adresa nr. 616 din 21.02.2013 înregistrată la Universitatea de Arhitectură și Urbanism Ion Mincu;

- certificatul de urbanism, PUZ și PUD, după caz, trebuiau obținute/modificate în raport de soluția tehnică propusă de consorțiul său după consultările cu părțile interesate după cum reiese din adresele nr. 1967 din 24.07....., nr. 616 din 21.02.2013 și Certificatul de urbanism nr. ... din 17.10.2013, anexate;
- autoritatea contractantă trebuia să negocieze cu consorțiul său montajul financiar și aspectele juridice, inclusiv atribuirea riscurilor, iar experiența anterioară din cadrul contractului de concesiune a Parcării Intercontinental arată că această etapă este esențială și durează o perioadă semnificativă de timp.

Totodată, contestatorul consideră că nu poate fi invocată o eventuală omisiune de a respecta anumite prevederi legale în cursul derulării procedurii conform unui calendar estimativ, atâta timp cât legea nu impunea un termen maxim pentru finalizarea procedurii, iar autoritatea contractantă nu a avut intenția și nici nu a impus un astfel de termen, ci dimpotrivă a considerat și a acționat tot timpul în considerarea caracterului estimativ al calendarului prezentat în documentația de atribuire.

Astfel, contestatorul consideră că justificarea anulării procedurii pe motivul că există riscul ca studiul de fundamentare și studiul de fezabilitate să nu mai reflecte realitatea este neîntemeiată și neprobată.

În primul rând, contestatorul arată că autoritatea contractantă ignoră total specificul procedurii dialogului competitiv, încercând să creeze în mod artificial impresia că studiul de fezabilitate elaborat în cadrul unei proceduri de dialog competitiv este similar studiului de fezabilitate care stă la baza caietului de sarcini din documentația de atribuire prin licitație deschisă sau restrânsă a unui contract de achiziție de lucrări.

Astfel, contestatorul subliniază faptul că dialogul competitiv se aplică atunci când autoritatea contractantă nu este, în mod obiectiv, în măsură să definească specificațiile tehnice capabile să îi satisfacă necesitățile și exigențele și/sau să stabilească montajul financiar și/sau cadrul juridic de implementare a proiectului pe când licitația deschisă sau restrânsă se aplică atunci autoritatea contractantă pune la dispoziția ofertanților un proiect tehnic sau, în cazul contractelor de proiectare și execuție de lucrări, atunci când autoritatea contractantă definește clar tema de proiectare și exigențele sale.

Or, în speță, autoritatea contractantă a ales procedura dialogului competitiv tocmai pentru că nu avea capacitatea de a defini specificațiile tehnice și exigențele și de a stabili montajul financiar și/sau cadrul juridic de implementare al proiectului.

În acest context studiul de fezabilitate care a stat la baza studiului de fundamentare nu necesită actualizare prin raportare la faptul că, tocmai în urma dialogului competitiv, autoritatea contractantă va determina soluția

tehnică, specificațiile tehnice, exigențele ce trebuie respectate, montajul financiar și juridic al proiectului.

În al doilea rând, contestatorul arată că datele din studiul de fezabilitate și din studiul de fundamentare sunt în continuare valabile, astfel încât actualizarea acestora nu ar fi de natură să modifice decizia de concesionare a lucrărilor, pentru următoarele motive:

- necesitatea construirii unei parcări în zona ... este în continuare de actualitate, aceasta făcând parte din politica autorității contractante pe termen lung și bazându-se pe analize care au avut în vedere atât creșterea spectaculoasă a traficului în capital, soluții pentru decongestionarea traficului etc. Această necesitate a fost determinată în mod obiectiv în raport de criterii obiective: capacitatea de parcare existentă în parcajul subteran Intercontinental, posibilitatea de amenajare a unui număr limitat de locuri de parcare la suprafață și faptul că cca. 25% din totalul mașinilor înmatriculate în zonă au locuri de parcare proprii (Secțiunea II - Documentația descriptivă, Capitolul 1 Obiectivele pe termen lung, mediu și obiectivele imediate ale proiectului, subcapitolul 1.1 Situația actuală a domeniului și subcapitolul 1.2 Analiza zonei de influență);
- conform Documentației descriptive toate caracteristicile constructive generale sunt orientative, urmând să fie stabilite în final cu candidatul câștigător în raport de caracteristicile obiective ale amplasamentului și de capacități. Dimensionarea elementelor geometrice, a spațiilor, stabilirea soluțiilor tehnice, urma să se realizeze la nivel de Pth și DE care se realizează de către concesionar cu respectarea normativelor în vigoare (Secțiunea II - Documentația descriptivă, Capitolul 3 Descrierea activităților, condițiilor generale tehnice și de calitate, subcapitolul 3.2. Amplasament, capacități și caracteristici constructive generale, Note);
- condițiile speciale impuse de natura activităților sunt obiective vizând condițiile impuse de amplasament și cele impuse de reglementările privind protecția mediului (Secțiunea II - Documentația descriptivă, Capitolul 4 Condiții speciale impuse de natura activităților care vor intra în obiectul contractului de concesiune);
- propunerea autorității contractante privind distribuirea riscurilor a fost realizată în baza analizei autorității contractante prin care au fost definite și cuantificate în termeni economici și financiari riscurile de proiect, luând în considerare, totodată, și variantele identificate de repartiție a riscurilor între părțile viitorului contract;
- Rezultatele studiului de fundamentare a deciziei de concesionare a justificat necesitatea și oportunitatea concesiunii și a demonstrat că: a) proiectul este realizabil; b) proiectul răspunde cerințelor și politicilor autorității publice; c) au fost luate în considerare diverse alternative de realizare a proiectului; d) varianta prin care proiectul este prevăzut a fi realizat prin atribuirea unui contract de concesiune de lucrări publice este mai avantajoasă în raport cu varianta prin care proiectul este prevăzut a fi realizat prin atribuirea unui contract de achiziție publică.

Contestatorul precizează că studiul de fundamentare a deciziei de concesionare a fost realizat în baza unei analize pe termen lung a

necesităților autorității contractante și a soluțiilor pentru satisfacerea acestora.

Or, contractul de concesiune se atribuie pe o perioadă îndelungată, în practica unităților administrative teritoriale chiar mai mici ca suprafață, număr de locuitori, număr de locuri de parcare necesare etc. fiind de minim 15 ani, iar potrivit declarațiilor preluate de massmedia însăși autoritatea contractantă intenționează să atribuie contracte de concesiune a lucrărilor la anumite parcări pe 49 de ani ... și ...

Ca urmare, datele constatate și mai ales concluziile trase, precum și decizia de concesionare nu se pot schimba dramatic în decursul derulării procedurii, astfel încât să justifice anularea procedurii pentru actualizarea acestora.

Nu în ultimul rând, contestatorul menționează că autoritatea contractantă invocă un risc, o posibilitate, o temere, nicidecum o realitate.

Or, simpla temere că, ar putea exista riscul ca, în situația în care ar actualiza studiile, concluziile acestora să poată fi diferite, nu este de natură să demonstreze abaterea gravă de la prevederile legale.

În concluzie, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a motivat decizia anulării procedurii, că nu există o abatere de la prevederile legale care să fi afectat documentația de atribuire sau modul de derulare a procedurii și că actualizarea studiilor nu constituie o măsură de remediere, din moment ce nu există o abatere.

(ii) Autoritatea contractantă nu a se află în situația în care încheierea contractului este imposibilă

După cum a arătat, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a întemeiat decizia de anulare a procedurii pe simple temeri că, în situația în care ar actualiza studiile, deși legea nu prevede o astfel de obligație, concluziile acestora ar putea fi diferite. Această argumentație nu demonstrează imposibilitatea încheierii contractului de concesiune.

2. Decizia autorității contractante de a menține hotărârea de anulare a procedurii de atribuire și decizia de a anula procedura de atribuire, precum și actele subsecvente și conexe, încalcă dispozițiile art. 106 alin. (4) și (5) din OUG nr. 34/2006 și următoarele.

Astfel, contestatorul arată că potrivit dispozițiilor art. 106 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are obligația de a derula dialogul până când identifică soluția/soluțiile corespunzătoare necesităților sale obiective.

Contestatorul consideră că înlăturarea unor simple temeri, respectiv a unui prezumptiv risc care poate fi înlăturat în cursul etapei dialogului prin alocarea acelui risc în responsabilitatea consorțiului său în contrapondere cu negocierile pentru alocarea altor riscuri sau cu alte prevederi contractuale, nu constituie o necesitate obiectivă a autorității contractante.

În speță, contestatorul arată că au avut loc nu mai puțin de 13 întâlniri în cadrul etapei dialogului (04.11.2010, 06.12.2010, 20.12.2010, 03.02.2011, 18.03.2011, 03.05.2011, 16.06.2011, 05.10.2011, 28.10.2013, 13.11.2013, 17.06.2014, 14.03....., 06.04.....) în

cursul cărora discurile au clarificat pozițiile comisiei și ale consorțiului său cu privire la un număr semnificativ de aspecte, ajungând în ultima etapă a dialogului la clarificarea unor aspecte importante privind riscurile și aspectele juridice.

În acest sens, contestatorul face trimitere la adresa nr. 11055 din 05.11.2010 prin care autoritatea contractantă a precizat care sunt etapele dialogului și procesul verbal din 14.03..... care demonstrează că procedura se afla în ultima etapă a dialogului, respectiv comisia de evaluare și consorțiul său reluaseră discuția privind aspectele juridice și alocarea riscurilor.

Mai mult, contestatorul precizează că însăși autoritatea contractantă a făcut demersuri care demonstrează că, la nivelul anului ....., dorea finalizarea etapei dialogului.

În acest sens, contestatorul invocă adresa nr. 1967/24.04....., prin care autoritatea contractantă i-a solicitat prezentarea soluției tehnice în vederea inițierii demersurilor cu privire la elaborarea PUZ aferent proiectului.

Așadar, reiese că dialogul se afla într-o etapă avansată care justifica în mod legitim și rezonabil așteptările sale de finalizare a respectivei etape, a depunerii ofertei finale și, în final, a atribuirii contractului de concesiune.

Contestatorul arată că discuțiile au fost prelungite, pe de o parte, din motive obiective cum ar fi cele menționate la punctul 1 litera c) (i), respectiv din motive aflate în afara controlului său, dar care se află în responsabilitatea autorității contractante cum ar fi încetarea contractului de consultanță juridică de care beneficia Municipiul ....., suspendarea activității președintelui comisiei de evaluare, întârzierea numirii unui președinte al comisiei de evaluare etc.

Astfel, contestatorul subliniază faptul că, încă din anul 2014, comisia de evaluare și consorțiul său puseseră în discuție aspectele juridice ale proiectului, iar în perioada 2014-....., derularea întâlnirilor de dialog a fost amânată până în august 2015 pentru aprobarea PUD de către Municipiul ....., iar din septembrie 2015 până în ..... pentru înlocuirea membrilor comisiei de evaluare.

În ciuda duratei îndelungate a derulării etapei dialogului, consorțiul său și-a arătat întotdeauna disponibilitatea de a participa la discuții, de a clarifica orice aspecte, de a oferi soluții viabile necesităților autorității contractante și de a finaliza etapa dialogului.

De asemenea, contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă a beneficiat aproape pe întreaga durată a procedurii de consultanță juridică (în orice caz pe toată perioada în care s-a derulat dialogul), iar consultantul ... a concluzionat în analiza juridică privind posibilitatea continuării procedurii de dialog competitiv că legea nu prevede un termen maxim pentru desfășurarea dialogului și că prelungirea perioadei dialogului nu se încadrează în cazurile în care este permisă anularea procedurii. Consultantul nu a arătat că sunt încălcate principiile care stau la baza achizițiilor publice.

Totodată, contestatorul arată că toate aceste precizări au fost efectuate după mai mult de 6 ani în care consultantul nu a considerat că prelungirea dialogului ar putea ridica respectivele semne de întrebare, invocând în acest sens Analiza juridică privind posibilitatea continuării procedurii de dialog competitiv elaborată de ..., pe care o anexează.

Ca urmare, contestatorul precizează că, din acest punct de vedere, autoritatea contractantă nu numai că are obligația de a finaliza etapa dialogului, dar nu poate invoca propria culpă în derularea procedurii de atribuire în scopul anulării procedurii de atribuire, deoarece ar încălca principiul transparenței, proporționalității, asumării răspunderii și utilizării eficiente a fondurilor pentru modul în care a acționat în cursul derulării procedurii și al bunei administrări.

În sensul celor precizate, contestatorul invocă practica CNSC, considerente ce pot fi regăsite la adresa web ... publicat de CNSC, precum și practica instanțelor judecătorești prin care s-a confirmat practica CNSC (decizia nr. 394/CA/2009 –R pronunțată de Curtea de Apel Oradea).

3. Decizia autorității contractante de a menține hotărârea de anulare a procedurii de atribuire și decizia de a anula procedura de atribuire, precum și actele subsecvente și conexe, încalcă dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a), b), d), e), f) și g) și ale art. 2 din Directiva 18/2004, astfel cum au fost interpretate în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, precum și principiul proporționalității și cerințele bunei administrări a procedurii de atribuire.

Astfel, contestatorul arată că potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, eficiența utilizării fondurilor publice, asumarea răspunderii. OUG nr. 34/2006 transpune prevederile Directivei 18/2004.

Conform dispozițiilor art. 2 din Directiva 18/2004, autoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și nediscriminatoriu și acționează conform principiului transparenței.

În mod constat, în jurisprudența CJUE s-au precizat următoarele:

„26. Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată).

*27. Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși le-a stabilit". (*Decizia CJUE din 16 aprilie 2015; C-278/14, SC ...*)*

Conceptul de proporționalitate a măsurilor administrative ce pot fi dispuse de un stat în raport cu obiectivele propuse și cu interesele cetățenilor este un principiu general de drept european.

Principiul proporționalității și al bunei administrări este consacrat pe cale jurisprudențială prin soluțiile pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene („CJUE"), fiind de asemenea obligatoriu.

Principiul proporționalității înseamnă că orice măsură luată de o autoritate publică care afectează drepturile persoanelor private trebuie să îndeplinească în mod cumulativ următoarele condiții:

- să fie corespunzătoare atingerii unui scop legitim;
- să fie necesară în vederea atingerii acelui scop; și
- să fie cea mai rezonabilă.

În acest sens, contestatorul invocă practica internațională.

Prin anularea procedurii pe motivul derulării acesteia pe o perioadă prea îndelungată, în condițiile inexistenței unei abateri grave de la prevederile legale și ignorând faptul că documentația de atribuire nu impunea un termen obligatoriu pentru finalizarea procedurii, contestatorul consideră că autoritatea contractantă modifică/completează documentația de atribuire, fapt care încalcă principiul transparenței și al asumării răspunderii.

De asemenea, contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă principiul asumării răspunderii prin faptul că invocă derularea îndelungată a procedurii, ignorând motivele obiective care au determinat-o (constând în mare măsură în refuzul comisiei de a se întruni și de a derula dialogul) și lipsa totală a culpei consorțiului său.

Mai mult, autoritatea contractantă încalcă principiul nediscriminării și tratamentului egal, având în vedere faptul că toți candidații au cunoscut și asumat prin necontestarea documentației de atribuire că nu există un termen obligatoriu pentru finalizarea procedurii, punând astfel consorțiul său într-o situație inferioară, defavorabilă față de ceilalți candidați, în condițiile în care a alocat resurse semnificative pentru participarea la procedură.

Totodată, contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă principiul proporționalității, în condițiile în care:

- măsura anulării procedurii nu are un scop legitim câtă vreme a fost luată pentru remedierea unei încălcări a legii sau omisiuni de a respecta prevederi legale sau din documentația de atribuire care nu există (durata dialogului nu este reglementată);
- măsura anulării procedurii nu are un scop legitim câtă vreme a fost luată pentru a remedia prelungirea pretins nejustificată a dialogului (în condițiile în care cauza principală a prelungirii a constat în refuzul autorității contractante de a derula dialogul);
- măsura anulării procedurii nu este necesară câtă vreme: (a) simpla prelungire a duratei procedurii nu este o dovadă suficientă a încălcării principiilor transparenței și asumării răspunderii; (b) actualizarea studiilor nu este necesară în condițiile în care părțile pot agrea montajul financiar și/sau cadrul juridic de implementare a proiectului, astfel încât autoritatea contractantă să nu își asume acest risc; (c) datele analizate în cadrul acestor documente și proiecțiile/soluțiile sunt și rămân valabile pe toată perioada preconizată pentru concesionare; (d) necesitatea actualizării studiilor nu este probată, ci este o simplă presupunere a ANAP exprimată fără să analizeze în mod concret documentația descriptivă și stadiul negocierilor;

- măsura anulării procedurii nu este rezonabilă, deoarece (a) părțile pot agrea în cursul etapei dialogului ca autoritatea contractantă să nu își asume riscul generat de un eventual caracter neactual al informațiilor din studiul de fezabilitate; (b) nu a fost încălcată o prevedere legală prin prelungirea duratei procedurii; (c) orice alt candidat ar fi fost confruntat cu aceleași cauze care au generat prelungirea duratei procedurii și care erau previzibile; (d) niciun candidat sau alt operator economic nu a sesizat autoritatea contractantă în sensul că durata îndelungată a procedurii i-ar prejudicia vreun drept.

Nu în ultimul rând, contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă principiul utilizării eficiente a fondurilor prin faptul că anulează intempestiv și neîntemeiat o procedură pentru derularea căreia a alocat resurse umane și financiare importante.

Prin adresa nr. 3963/26.10..... înregistrată la Consiliu sub nr. 45510/26.10....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de .....

În fapt, cu privire la procedura de atribuire avută în vedere, ca parte a ...pe Teritoriul Municipiului ....., elaborată în anul 2008, în care se regăsea și parcarea subterană prevăzută a fi construită în ....., Sectorul 1 cuprinzând ..., autoritatea contractantă arată că a inițiat în anul 2010 procedura de atribuire a contractului de concesiune.

Demararea procedurilor de concesionare de lucrări publice privind obiectivul de investiții "...", cu 3 nivele subterane și 380 de locuri de parcare, a fost aprobată prin Hotărârea Consiliului General nr. 310/14.12.2006.

În vederea demarării procedurii de atribuire, au fost revizuite în data de 11 iunie 2010 atât studiul de fezabilitate cât și studiul de fundamentare a deciziei de concesionare. Concluziile celor două studii au indicat dialogul competitiv ca procedură de atribuire recomandabilă, luând în considerare complexitatea tehnică și economică a proiectului.

Documentația de atribuire elaborată în iunie 2010 indică dialogul competitiv ca procedură de atribuire selectată. În etapa de dialog urmau a fi stabilite în mod amănunțit condițiile de realizare și exploatare a Parcajului subteran ..., precum și modul de distribuire a riscurilor de proiect între părțile contractante.

Documentația de atribuire indică un calendar estimativ pentru desfășurarea procedurii de atribuire, prevăzând un termen de 30 de zile pentru desfășurarea etapei de dialog, semnarea Contractului de Concesiune fiind estimată a avea loc în septembrie 2010.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire (...../.....) a fost depusă, în data de 12.08.2010, o singură candidatură pentru participarea la procedura de atribuire, de către ..... SA. Candidatura a îndeplinit criteriile de precalificare, iar etapa de dialog a fost demarată și derulată cu ..... SA.

În faza a doua a procedurii de atribuire, între autoritatea contractantă și ..... SA au avut loc mai multe runde de dialog, în care părțile au încercat să clarifice elemente care țin, printre altele, de:

- rezolvarea problemei situației on-street din zona de influență a parcajului, prin amenajarea zonei pietonale, interzicerea parcării neregulamentare și organizarea parcării de suprafață;
- reconfigurare a soluției tehnice incluse în studiile de fundamentare/fezabilitate și în PUZ-ul aprobat pentru Parcajul subteran ... (i.e. dezvoltarea parcajului subteran sub spațiul aflat la confluența străzilor Biserica ..., inclusiv sub piațeta cu fântână);
- analiza posibilității de a reface legătura auto între...;
- posibilitatea inserării anumitor condiții suspensive în contractul de concesiune ce urmează a fi semnat.

Autoritatea contractantă arată că aspectele menționate anterior au fost supuse analizării în runde succesive de dialog competitiv, iar în acest sens s-au organizat întâlniri și cu reprezentanții Universității de Arhitectură și Urbanism "Ion Mincu" și s-au efectuat demersuri cu privire la obținerea certificatelor de urbanism pentru realizarea unui acces auto suplimentar din ... în parcajul subteran Intercontinental.

Între data de 17.06.2014 Și 14.03..... autoritatea contractantă și ..... nu au mai derulat nicio rundă de dialog în cadrul procedurii de atribuire.

În cadrul rundei de dialog din 14.03....., PMB și ..... și-au manifestat interesul pentru continuarea procedurii de atribuire a contractului de concesiune și pentru realizarea pașilor necesari pentru rezolvarea aspectelor de care ține semnarea contractului.

Autoritatea contractantă menționează că nu există condiții cerute de părți care să facă imposibilă semnarea contractului, toate aceste condiții aflându-se sub controlul părților.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, în aceeași rundă de dialog, având în vedere că procedura de atribuire a fost începută în 2010, s-a ridicat problema legalității continuării procedurii, precum și a eventualelor riscuri generate de semnarea contractului de concesiune pentru realizarea parcajului subteran.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că a transmis o adresă către Agenția Națională pentru Achiziții Publice (20621/28.04..... înregistrată la A.N.A.P cu nr. 6926/28.04.....) pentru formularea unui punct de vedere privind:

- posibilitatea continuării procedurii de atribuire a Contractului de concesiune; și
- riscurile generate de eventuala semnare a contractului de concesiune, din perspectiva valabilității acestuia.

Prin adresa ANAP nr. 6926/30.05....., înregistrată la PMB cu nr. 2565/17.06....., s-a recomandat anularea procedurii de dialog competitiv.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, urmare a răspunsului primit de la ANAP, comisia de evaluare întrunită în data de 28.06..... a propus anularea procedurii de atribuire a contractului de concesiune de

lucrări publice ..., în conformitate cu art. 209 alin. (1), lit. d) din OUG nr.34/2006, luând în considerare următoarele aspecte:

- perioada de timp trecută de la momentul inițierii procedurii de atribuire, conduce la apariția riscului ca elementele care au stat la baza elaborării organizării procedurii de atribuire (studiul de fezabilitate și studiul de fundamentare a deciziei de concesionare) să nu mai corespundă condițiilor actuale,
- actualizarea studiului de fezabilitate și a studiului de fundamentare ar conduce la afectarea principiilor transparenței și tratamentului egal, principii care stau la baza atribuirii contractului de concesiune de lucrări publice prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) - conform art. 209 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În urma derulării etapelor procedurale anterior menționate, autoritatea contractantă arată că a procedat la emiterea și transmiterea în data de 26.09..... către ofertantul ..... a deciziei nr. 3544/26.09....., cu privire la anularea procedurii de atribuire aferentă contractului de concesiune de lucrări publice ..., în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 34/2006.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că a procedat la prezentarea argumentelor juridice și operaționale ce au condus la emiterea deciziei de anulare a procedurii anterior menționate.

Astfel, decizia enunțată se subsumează prevederilor art. 209 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 34/2006, perioada de timp trecută de la momentul inițierii procedurii de atribuire conducând la apariția riscului ca:

- elementele care au stat la baza elaborării organizării procedurii de atribuire (studiu de fezabilitate și studiul de fundamentare a deciziei de concesionare) să nu mai corespundă condițiilor actuale de piață,
- actualizarea studiului de fezabilitate și a studiului de fundamentare ar conduce la afectarea principiilor transparentei și tratamentului egal, principii care stau la baza atribuirii contractului de concesiune de lucrări publice prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) - conform art. 209 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, elemente ce constituie, fără putință de tăgadă, abateri grave de la prevederile legislative, de natură a afecta procedura de atribuire.

1. Cu privire la criticile formulate de către contestator, la pct. 1 lit. a) din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă învederează faptul că respectivele critici sunt formulate în mod exclusiv cu privire la adresa ANAP nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....), fiind formulate diverse argumente în susținerea unei pretinse nelegalități și netemeinicii a respectivei adrese.

În acest sens, autoritatea contractantă atrage atenția asupra prevederilor art. 10 din cuprinsul Legii nr. 101/2016, prevederea legală enunțată stipulând elementele ce vor face obiectul contestației formulate în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016. Astfel, aceste elemente vor fi evidențiate la nivelul contestației formulate în conformitate cu prevederile art. 4 și 8 din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere prevederile legale imperative anterior enunțate, raportate la prevederile art. 12 din cuprinsul Legii nr. 101/2016 privind competența de soluționare a Consiliului, autoritatea contractantă apreciază că adresa ANAP nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....) nu întrunește sub niciun aspect elementele necesare și obligatorii, astfel încât să permită emiterea unei decizii a Consiliului față de acest act.

Așadar, în considerarea prevederilor imperative ale Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, și cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care contestatorul apreciază a formula o acțiune față de adresa ANAP nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....), competența de soluționare aparține instanțelor de judecată competente, nicidecum Consiliului.

Mai mult decât atât, în opinia autorității contractante, contestatorul apreciază în mod eronat, în cuprinsul contestației formulate, rolul deținut de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice ("ANAP"), în contextul materiei achizițiilor publice.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că în conformitate cu prevederile art. 2 din cuprinsul Ordonanței de urgență nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice: "*Principalele obiective ale ANAP sunt elaborarea, promovarea și implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice, stabilirea și implementarea sistemului de verificare și control al aplicării unitare a dispozițiilor legale și procedurale în domeniul achizițiilor publice, precum și monitorizarea funcționării eficiente a sistemului de achiziții publice*".

Atribuțiile ANAP se realizează așadar, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. b), c), d) și e) din cuprinsul aceluiași act normativ, prin:

"*b) elaborarea politicilor și a legislației în domeniul achizițiilor publice, în conformitate cu legislația europeană și asigurarea interpretărilor unitare în domeniu, pentru care are drept de inițiativă legislativă;*

c) consilierea metodologică a autorităților contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică și de concesiune, cu rol de suport operațional în aplicarea corectă a legislației în acest domeniu;

d) controlul modului în care autoritățile contractante atribuie contractele de achiziție publică și de concesiune de lucrări publice și de servicii;

e) monitorizarea și supervizarea funcționării sistemului de achiziții publice în România".

Așadar, autoritatea contractantă apreciază că principiul asumării răspunderii, astfel cum era acesta statuat la nivelul art. 2 alin. (2) lit. g) din cuprinsul OUG 34/2006 nu poate fi de natură a afecta rolul de reglementare și control atribuit ANAP în domeniul achizițiilor publice și concesiunilor, în conformitate cu prevederile legale anterior enunțate, OUG 34/2006, act normativ aplicabil procedurii de atribuire avute în vedere, instituind în conformitate cu prevederile art. 293, lit. v) obligații clare în acest sens în sarcina autorităților contractante și calificând drept

"contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni, v) orice altă încălcare a prevederilor prezentei ordonanțe de urgență sau a actelor normative emise în aplicarea acesteia, având ca efect încălcarea dispozițiilor art. 2, cu excepția alin. (2) lit. f)".

Din perspectiva obligativității punctelor de vedere exprimate de către ANAP, autoritatea contractantă apreciază că aceasta rezidă din însăși atribuțiile enunțate la nivelul art. 3 lit. b), c), d) și e) din cuprinsul OUG 13/2015, respectiva instituție fiind singura entitate îndrituită la nivel național a asuma un rol instituțional în formularea la nivel de concepție, promovarea și implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice, stabilirea și implementarea sistemului de verificare și control al aplicării unitare a dispozițiilor legale și procedurale în domeniul achizițiilor publice, precum și monitorizarea funcționării eficiente a sistemului de achiziții publice.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că a procedat în emiterea deciziei sale, în deplină conformitate cu prevederile legale anterior enunțate, solicitând consiliere metodologică ANAP cu privire la modalitatea de parcurgere a procedurii de atribuire avute în vedere, în contextul operațional existent.

2) Cu privire la criticile formulate de către contestator, la pct. 1 lit. b) din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă învederează faptul că nu a invocat la nici un moment existența unui termen expres prevăzut de lege pentru derularea etapei de dialog competitiv, prevederile OUG 35/2013 prin intermediul căreia a fost introdus un articol nou în cadrul OUG 34/2006, respectiv art. 106^1, potrivit căruia comisia de evaluare are obligația finalizării etapei de dialog în termen de 120 de zile de la transmiterea invitației de participare la dialog, nefiind incidente speței în cauză.

Cu toate acestea, având în vedere durata în timp în cadrul căreia s-a derulat procedura de atribuire în cauză, raportată la rigorile prevăzute din perspectiva elaborării și valabilității documentației tehnice necesare din perspectiva studiilor de fezabilitate și de fundamentare a deciziei de concesiune, respectiv la principiile ce guvernează domeniul achizițiilor publice, astfel cum sunt acestea statuate la nivelul art. 2, alin. (2) din cuprinsul OUG 34/2006, respectiv: *"a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; d) transparența; e) proporționalitatea; f) eficiența utilizării fondurilor",* autoritatea contractantă precizează că perioada de timp trecută de la momentul inițierii procedurii de atribuire, conduce la incidența riscului ca elementele care au stat la baza elaborării organizării procedurii de atribuire (studiul de fezabilitate și studiul de fundamentare a deciziei de concesionare) să nu mai corespundă condițiilor actuale, iar o eventuală actualizare a studiului de fezabilitate și a studiului de fundamentare ar conduce inevitabil la afectarea principiilor transparenței și tratamentului egal, principii care stau la baza atribuirii contractului de concesiune de lucrări publice în cauză.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să ia în considerare argumentele aduse în cadrul prezentului punct de vedere pentru a dispune respingerea contestației ca nefondată, respectiv luarea măsurilor necesare ce rezultă dintr-o atare respingere:

- menținerea deciziei prin care autoritatea a dispus anularea procedurii de atribuire a contractului de concesiune;
- orice altă măsură aferentă sau care decurge din cele de mai sus și care s-ar impune ca urmare a respingerii contestației.

Prin adresa nr. 243/30.10..... înregistrată la Consiliu sub nr. 45998/31.10....., contestatorul a formulat precizări cu privire la punctul de vedere al autorității contractante.

a) Cu privire la susținerile autorității contractante de la punctul 1, contestatorul subliniază faptul că din lecturarea pct. 1, lit. a) din cuprinsul contestației, reiese clar că nu contestă Adresa ANAP nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....), ci demonstrează următoarele:

- adresa ANAP nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....) nu obligă autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire, fiind un simplu punct de vedere care nu produce efectele juridice ale unui act administrativ normativ sau individual;
- există argumente solide pentru a nu da curs punctului de vedere al ANAP, legate de circumstanțele concrete ale speței, ce nu au fost avute în vedere de această instituție;
- decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire și de a menține această hotărâre nu se poate întemeia exclusiv pe opinia ANAP (fapt ce este recunoscut de către autoritatea contractantă în punctul de vedere);
- adresa ANAP nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....) nu poate suplini decizia, responsabilitatea autorității contractante pentru decizia de anulare a procedurii;
- autoritatea contractantă trebuie să își asume decizia și motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază aceasta.

Astfel, contestatorul reiterează că adresa ANAP nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....) nu constituie act administrativ în sensul art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004, care definește actul administrativ ca fiind: „actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ".

În speță, consilierea metodologică a autorităților contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică și de concesiune,

după cum se arată în art. 3 lit. c) din OUG nr. 13/2015 are rolul de *„suport operațional în aplicarea corectă a legislației în acest domeniu".*

Chiar din terminologia utilizată („consiliere metodologică"), reiese că ANAP acordă consiliere autorității contractante. Or, consilierea nu are caracter obligatoriu și nu înlocuiește obligația persoanei consiliate de a lua decizii proprii cu privire la aspectele asupra cărora a primit consiliere.

De asemenea, contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 1 din Ordinul nr. 121/..... privind acordarea de consiliere metodologică: "în aplicarea prevederilor art. 2 și art. 3 lit. c) și f) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2015, aprobată prin Legea nr. 244/2015, cu completările ulterioare, precum și ale art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 634/2015, cu modificările și completările ulterioare, Direcția generală reglementare, coordonare metodologică și suport operațional, denumită în continuare DGRCMSO, din cadrul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP) emite interpretări ale legislației din domeniu (...)."

Or, interpretările legii nu produc efecte de sine stătătoare în sensul de a da naștere, a modifica sau a stinge raporturi juridice, ci sunt menite să clarifice norma legală fără a aduce modificări acesteia.

De altfel, o interpretare contrară în speță ar fi complet neîntemeiată câtă vreme potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) lit. b) din Ordinul nr. 121/....., "pentru acele solicitări care nu se încadrează în situația de la lit. a) sau care, deși se încadrează într-o asemenea situație, în mod suplimentar, conțin anumite elemente de particularitate față de cele cuprinse în tematicile de interes disponibile în secțiunile specifice aferente instrumentelor online descrise la art. 2 alin. (1) lit. a), răspunsul se raportează la situația expusă și, odată emis, se include în cadrul secțiunii specifice aferente".

Câtă vreme ANAP nu constată nemijlocit o situație de fapt, ci emite interpretări prin raportare la situația expusă de solicitant, existând riscul lipsei de obiectivitate a solicitantului sau a omisiunii prezentării complete a aspectelor relevante, interpretarea ANAP nu poate avea caracter obligatoriu și nici nu poate produce efecte de sine stătătoare în sensul de a da naștere, a modifica sau a stinge raporturi juridice.

Din aceste motive, contestatorul consideră că adresa ANAP nr. ”3626/30.05.....” (corect nr. 6926/30.05.....) nu poate face obiectul unei acțiuni în contencios administrativ, cum eronat susține autoritatea contractantă.

Așadar, susținerea autorității contractante în sensul că opinia exprimată de ANAP este obligatorie este flagrant neîntemeiată.

Pe de altă parte, încercarea autorității contractante de a delega responsabilitatea privind decizia de anulare a procedurii către ANAP este flagrant nelegală. ANAP nu ia decizii în numele și pe seama autorității contractante. Rolul ANAP nu este de a derula procedurile de achiziție publică în locul autorității contractante și nici de a prelua responsabilitățile acesteia. Prevederile legii stabilesc clar că responsabilitatea identificării circumstanțelor ce obligă la anularea procedurii revine comisiei de

evaluare (art. 127 alin. 1 lit. m din HG nr. 395/.....), iar responsabilitatea acestei decizii aparține autorității contractante (art. 213 din Legea nr. 98/.....).

În aceste condiții, argumentul că nerespectarea oricărei prevederi din legislația achizițiilor publice constituie contravenție este neavenit, deoarece inclusiv anularea procedurii de atribuire în situații în care nu sunt aplicabile prevederile art. 209 din OUG nr. 34/20016 constituie încălcare a normelor în domeniu și este reglementată drept contravenție în baza aceluiași text.

În acest sens, contestatorul arată că potrivit art. 93 alin. (4) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, iar nefinalizarea procedurii în alte condiții decât cele menționate la art. 209 din OUG nr. 34/2006 constituie încălcări ale principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. f) și g) din ordonanța de urgență potrivit prevederilor alin. (5) din actul administrativ normativ. Or, tergiversarea înlocuirii președintelui comisiei de evaluare, a numirii comisiei de evaluare sau neorganizarea dialogului pe motivul lipsei serviciilor de consultanță juridică constituie tergiversare nejustificată obiectiv a etapei dialogului, pentru care nu este permisă anularea procedurii.

Astfel, reiese clar că singurul argument pe care se bazează decizia de anulare este pretinsul caracter obligatoriu al punctului de vedere emis de ANAP.

Or, astfel cum a arătat punctele de vedere ale ANAP emise în exercitarea atribuției de consiliere metodologică la cererea autorității contractante nu sunt obligatorii și nu protejează autoritatea contractantă de răspundere contravențională, penală sau civilă, după caz, în situația în care în urma verificării tuturor circumstanțelor relevante ale cauzei se constată că nu erau întrunite condițiile pentru anularea procedurii de atribuire.

b) Cu privire la susținerile autorității contractante de la punctul 2, contestatorul solicită Consiliului să observe că autoritatea contractantă nu a prezentat niciun contraargument față de susținerile detaliate în cuprinsul contestației, ci s-a mulțumit să preia copy-paste argumentele superficiale deja prezentate.

De asemenea, contestatorul solicită Consiliului să observe că autoritatea contractantă recunoaște că nu există nicio prevedere legală care să impună finalizarea procedurii de atribuire într-un anumit termen obligatoriu și că, în paragraful 3 de pe pagina 3 din punctul de vedere, autoritatea contractantă recunoaște că, în cadrul rundei de dialog din 14.03....., comisia de evaluare a apreciat că nu există motive care să facă imposibilă încheierea contractului și că autoritatea contractantă menține și în prezent această opinie care este contrazisă de decizia de anulare a procedurii.

Contestatorul subliniază că această recunoaștere din partea autorității contractante demonstrează că în realitate aceasta nu consideră că studiul de fezabilitate și referatul de fundamentare a deciziei de concesionare

trebuie actualizate. Această presupunere a fost pentru prima dată adusă în discuție de către ANAP și a fost preluată copy-paste de către autoritatea contractantă pentru unicul motiv că, deși nu împărtășește aceeași părere, nu poate să nu dea curs interpretării ANAP care este obligatorie în opinia sa.

Or, după cum a arătat, contestatorul precizează că opinia ANAP aflată în discuție nu este obligatorie, iar temerea cu privire la încălcarea unei opinii a ANAP neobligatorii nu poate constitui motiv justificat de anulare a procedurii de atribuire. Mai mult, această conduită și motivare ambigue ale deciziei anulării procedurii constituie o evidentă încălcare a principiului asumării răspunderii de către autoritatea contractantă.

Fără a relua argumentația din contestație, contestatorul reiterează că autoritățile contractante sunt obligate să asigure un nivel de transparență care să permită tuturor celor interesați să participe în condiții egale la atribuirea contractului, să își poată formula ofertele cunoscând toate cerințele autorității contractante și să poată evalua riscurile pe care și le asumă prin participarea la procedură, să poată verifica prin raportare la criterii obiective temeinicia deciziilor luate de autoritatea contractantă.

Deși motivele anulării procedurii de atribuire nu sunt reglementate prin Directivă, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile ce stau la baza Directivei și TFUE, respectiv principiile transparenței, nediscriminării și proporționalității, promovării concurenței.

În acest sens, contestatorul invocă paragrafele (42) - (47) din Hotărârea din 18 Iunie 2002 pronunțată în cauza C- 92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechriik Planungs-GmbH (HI) împotriva Stadt Wien1 a CJUE.

Or, în opinia contestatorului, decizia de anulare a procedurii, în condițiile în care legislația și documentația de atribuire nu prevăd un termen maxim pentru finalizarea acesteia, iar etapa dialogului era într-o stare extrem de avansată permițând depunerea ofertei, este discreționară și supune consorțiul său unui tratament discriminatoriu și disproporționat.

În concluzie, pentru motivele arătate, contestatorul solicit respingerea argumentelor autorității contractante și admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de dialog competitiv pentru atribuirea contractului de concesiune de lucrări având ca obiect ”.....”, cod CPV 45223310-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de concesionare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Împotriva adresei nr. 3343/10.08.2010, publicată în SEAP sub nr. PWCN1592/007, la data de 10.08.2010, ... a depus contestaţia care a format obiectul dosarului nr. ..., soluționată prin decizia CNSC nr. ..., prin care:

- s-a respins, ca nefondat, capătul de cerere privind constatarea incidenţei dispoziţiilor art.71 coroborate cu cele ale art.72 din O.U.G. nr.34/2006 şi pe cel privind obligarea..... să dispună măsuri corective constând în decalarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturilor cu un termen rezonabil;
- s-a respins, ca inadmisibil, capătul de cerere privind solicitarea adresată..... de a adopta măsuri corective, în sensul decalării datei limită de depunere a ofertelor "cu un interval rezonabil".
- s-a dispus continuarea procedurii de atribuire.

În procesul verbal nr. 3401/12.08.2010, încheiat cu ocazia deschiderii candidaturilor, s-a consemnat depunerea unei singuri candidaturi, respectiv cea depusă de .....

În raportul procedurii nr. 3508/22.09....., s-a consemnat anularea procedurii, în conformitate cu art. 209 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 34/2006.

Împotriva deciziei de anulare a procedurii, comunicată prin adresa nr. 3544/26.09....., ... a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Preliminar, Consiliul reţine că prezenta procedură de atribuire a fost iniţiată la data de ....., iar prezenta contestaţie a fost transmisă Consiliului, prin poștă, la data de ....., și înregistrată sub nr. ...../....., în mod evident ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, potrivit căreia, „La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările şi completările ulterioare" [(art. 238 lit. a)] şi a Legii 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. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării prezentei contestaţii.

În aceste condiţii, rezultă că, în prezenta cauză sunt incidente prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Dispoziţiile prezentei legi se aplică numai contestaţiilor/ cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare*", astfel că soluţionarea prezentei contestaţii urmează să se facă în baza prevederilor Legii 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, în vigoare la data depunerii prezentei contestaţii.

De asemenea Consiliul reține că în cauză mai sunt incidente și dispozițiile art.116 alin. (2) din Legea nr.100/2016, potrivit cărora *„Procedurilor de atribuire a concesiunilor de lucrări sau a concesiunilor de*

servicii în curs de desfăşurare la data intrării în vigoare a prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data iniţierii procedurii de atribuire".

Prin urmare, având în vedere data inițierii prezentei proceduri de atribuire, respectiv ..... (anunțul de concesionare nr. ..... publicat în SEAP în data de .....), Consiliul observă că legea aplicabilă în desfășurarea prezentei proceduri de atribuire este OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, și legislația secundară emisă în aplicarea acesteia.

În ceea ce privește fondul contestației, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de ....., format din ..... SA, SC ..... SA, SC ..... SA și SC ..... SRL, prin ..... SA, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

..... reclamă în prezenta contestație decizia de anulare a procedurii de dialog competitiv pentru atribuirea contractului de concesiune de lucrări având ca obiect "....., comunicată prin adresa nr. 3544/26.09.....

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, procedura de dialog competitiv a fost demarată de autoritatea contractantă în anul 2010, prin publicarea în SEAP a anunțului de concesionare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic".

Potrivit raportului procedurii și comunicării rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii în temeiul art. 209 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 34/2006, considerând că *„perioada de timp trecută de la momentul inițierii procedurii de atribuire conduce la apariția riscului ca:*

- elementele care au stat la baza elaborării organizării procedurii de atribuire (studiu de fezabilitate și studiul de fundamentare a deciziei de concesionare) să nu mai corespundă condițiilor actuale de piață,

- actualizarea studiului de fezabilitate și a studiului de fundamentare ar conduce la afectarea principiilor transparentei și tratamentului egal, principii care stau la baza atribuirii contractului de concesiune de lucrări publice prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) - conform art. 209 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, elemente ce constituie, fără putință de tăgadă, abateri grave de la prevederile legislative, de natură a afecta procedura de atribuire".

Consiliul reține că autoritatea contractantă, având în vedere că procedura de atribuire a fost începută în 2010, ridicându-se problema legalității continuării procedurii, precum și a eventualelor riscuri generate de semnarea contractului de concesiune pentru realizarea parcajului subteran, a transmis o adresă către Agenția Națională pentru Achiziții Publice (20621/28.04..... înregistrată la A.N.A.P cu nr. 6926/28.04.....) pentru formularea unui punct de vedere privind:

- posibilitatea continuării procedurii de atribuire a Contractului de concesiune; și

- riscurile generate de eventuala semnare a contractului de concesiune, din perspectiva valabilității acestuia.

Prin adresa ANAP nr. 6926/30.05....., înregistrată la PMB cu nr. 2565/17.06....., s-a recomandat anularea procedurii de dialog competitiv.

Consiliul nu poate primi ca întemeiate criticile contestatorului referitoare la faptul că autoritatea contractantă a solicitat consiliere ANAP cu privire la modalitatea de parcurgere a procedurii de atribuire. În conformitate cu prevederile art. 2 din cuprinsul Ordonanței de urgență nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice: "Principalele obiective ale ANAP sunt elaborarea, promovarea și implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice, stabilirea și implementarea sistemului de verificare și control al aplicării unitare a dispozițiilor legale și procedurale în domeniul achizițiilor publice, precum și monitorizarea funcționării eficiente a sistemului de achiziții publice".

Atribuțiile ANAP se realizează așadar, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. b), c), d) și e) din cuprinsul aceluiași act normativ, prin:

"b) elaborarea politicilor și a legislației în domeniul achizițiilor publice, în conformitate cu legislația europeană și asigurarea interpretărilor unitare în domeniu, pentru care are drept de inițiativă legislativă;

c) consilierea metodologică a autorităților contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică și de concesiune, cu rol de suport operațional în aplicarea corectă a legislației în acest domeniu;

d) controlul modului în care autoritățile contractante atribuie contractele de achiziție publică și de concesiune de lucrări publice și de servicii;

e) monitorizarea și supervizarea funcționării sistemului de achiziții publice în România".

Așadar, Consiliul apreciază, în concordanță cu cele susținute de autoritatea contractantă, că principiul asumării răspunderii, astfel cum era acesta statuat la nivelul art. 2 alin. (2) lit. g) din cuprinsul OUG nr.34/2006 nu poate fi de natură a afecta rolul de reglementare și control atribuit ANAP în domeniul achizițiilor publice și concesiunilor.

Totuși, Consiliul reține că decizia de anulare a prezentei proceduri îi aparține autorității contractante, actul prin care aceasta a hotărât anularea reprezentând actul administrativ contestat de ....., format din ..... SA, SC ..... SA, SC ..... SA și SC ..... SRL, prin ..... SA.

În ceea ce privește decizia de anulare a procedurii de dialog competitiv, Consiliul reține următoarele:

În principal, criticile contestatorului referitoare la anularea procedurii se referă la faptul că legislația în materia achizițiilor publice în vigoare la data demarării procedurii, nu prevedeau un termen de desfășurare/finalizare a procedurii de dialog competitiv, pe de o parte, iar pe de altă parte, acestea vizează și susținerile autorității contractante referitoare la necesitatea actualizării studiului de fezabilitate și a referatului de fundamentare a deciziei de concesionare.

Verificând dispozițiile legislației specifice achizițiilor publice în vigoare la data demarării procedurii, Consiliul constată că OUG nr.34/2006 prevedea termene maxime în cadrul procedurii de dialog competitiv numai pentru depunerea candidaturilor și pentru depunerea și evaluarea ofertelor finale, pentru desfășurarea etapei de dialog nefiind prevăzut un termen maxim.

De asemenea, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că între data de 16.06.2014 și 14.03....., autoritatea contractantă și reprezentanții contestatorului nu au mai derulat nicio rundă de dialog în cadrul procedurii. Deși contestatorul susține că prelungirea procedurii pe o durată de mai bine de 7 ani ar fi culpa exclusivă a autorității contractante, în opinia Consiliului, susținerile nu sunt întrutotul adevărate. În aceeași măsură și pasivitatea contestatorului poate fi apreciată ca fiind o acțiune lipsită de diligență, în condițiile în care avea la cunoștință calendarul de desfășurare a procedurii, chiar dacă acesta era unul estimativ. În condițiile în care procedura de atribuire s-a întins pe o perioadă de 7 ani (întâlnirile efective întrerupându-se pe o perioadă de aproximativ 3 ani) este evident că și pasivitatea contestatorului poate fi considerată culpabilă, cu atât mai mult cu cât era singurul ofertant care depusese candidatura la procedură. Oricât de permisiv ar fi fost (la momentul demarării procedurii) termenul de desfășurare al dialogului, în niciun caz un candidat (de altminteri singurul) nu ar fi rămas în pasivitate aproximativ 3 ani și ar fi încercat să finalizeze negocierile cu autoritatea contractantă în vederea încheierii contractului într-un termen rezonabil.

În opinia Consiliului, perioada de timp trecută de la momentul inițierii procedurii de atribuire (**iunie 2010**), conduce la incidența riscului ca elementele care au stat la baza elaborării organizării procedurii de atribuire (studiul de fezabilitate și studiul de fundamentare a deciziei de concesionare) să nu mai corespundă condițiilor actuale. Chiar dacă contestatorul susține că studiul de fezabilitate și referatul de fundamentare a deciziei de concesionare nu ar trebui actualizate și că decizia de anulare nu s-ar impune, totuși nu poate fi ignorată ipoteza invocată de autoritatea contractantă, care are totuși responsabilitatea cheltuirii fondurilor publice precum și răspunderea derulării procedurii de achiziție publică.

În ceea ce privește dispozițiile art.209 alin.(1) din OUG nr.34/2006, Consiliul observă că acestea defineau situațiile în care autoritatea contractantă avea obligația de a anula o procedură de atribuire.

Însă Consiliul mai are în vedere în soluționarea cauzei de față și dispozițiile aliniatului 2 litera a) al aceluiași articol din actul normativ, conform cărora *„Prin excepţie de la prevederile art. 204, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică, dacă ia această decizie înainte de data încheierii contractului, numai în următoarele cazuri:*

a) dacă autoritatea contractantă se află în una dintre situaţiile prevăzute la art. 86 alin. (2) lit. a), art. 102 alin. (2) lit. a), art. 117 alin. (2) lit. a) sau art. 1481 lit. a)”.

Totodată, potrivit dispozițiilor art.101 alin.(2) și alin.(3) din OUG nr.34/2006, *„(2) Autoritatea contractantă are obligaţia de a indica în anunţul de participare criteriile de preselecţie şi regulile aplicabile, numărul minim al candidaţilor pe care intenţionează să îi preselecteze şi, dacă este cazul, numărul maxim al acestora.*

(3) Numărul minim al candidaţilor, indicat în anunţul de participare prevăzut la alin. (2), trebuie să fie suficient pentru a asigura o concurenţă reală şi, în orice situaţie, nu poate fi mai mic de 3”.

Iar potrivit dispozițiilor art.102 alin.(2) lit.a) din OUG nr.34/2006, *„În cazul în care numărul candidaţilor care îndeplinesc criteriile de preselecţie este mai mic decât numărul minim indicat în anunţul de participare, autoritatea contractantă are dreptul:*

a) fie de a anula procedura de dialog competitiv”

Conform dispozițiilor legale anterior citate, Consiliul reține că autoritatea contractantă avea dreptul de a anula o procedură de atribuire, în anumite condiții, înainte de data încheierii contractului.

Prin urmare, chiar dacă în cauză autoritatea contractantă nu avea neapărat obligația de a anula procedura, Consiliul apreciază totuși că decizia de anulare este legală, întrucât autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de a anula procedura înainte de încheierea contractului conform dispozițiilor legale în vigoare la data inițierii acesteia, deci cu respectarea termenului maxim prevăzut pentru ca acest drept să poată fi exercitat.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ....., format din ..... SA, SC ..... SA, SC ..... SA și SC ..... SRL, prin ..... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către ....., format din ..... SA, SC ..... SA, SC ..... SA şi SC ..... SRL, prin ..... SA în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

...