



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) 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, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. 37/06.01.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 312/07.01.2016, depusă de SC ... SA (în prezent SRL), cu sediul în str. ..., CUI .., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări în cadrul proiectului de ..., cod SMIS ..., cod CPV ..., cu data de deschidere a ofertelor ..., organizată de ..., cu sediul în bd. ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea măsurii de anulare a procedurii de atribuire și obligarea autorității la finalizarea procedurii prin încheierea contractului de achiziție publică.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația SC ... SRL (fostă SA) nr. 37/06.01.2016, în contradictoriu cu Municipiul Iași.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SA reclamă decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, solicitând infirmarea acestei decizii și obligarea autorității la finalizarea procedurii prin încheierea contractului de achiziție publică.

În motivarea demersului său, autoarea contestației învederează că oferta sa a fost clasată pe locul secund, iar câștigătoare a fost declarată oferta asocierii SC ... SRL - SC ... SRL. Rezultatul a fost contestat de SC ... SA în două rânduri, iar Consiliul, prin deciziile nr. ... și nr. ..., a admis contestațiile, dispunând reevaluarea.

Autoritatea nu s-a supus deciziilor Consiliului, adoptând măsura anulării procedurii de achiziție publică, în baza art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță, măsură nelegală și netemeinică în opinia contestatoarei. Autoritatea a tergiversat derularea procedurii și își invocă propria culpă în justificarea anulării.

În comunicarea nr. 122762/28.12.2015 se afirmă că este imposibilă încheierea contractului *"datorită faptului că au fost depuse contestații repetate, procedura s-a întârziat, contractul de lucrări nu a fost semnat, iar contractul de finanțare a expirat la 18.12.2015"*, însă autoritatea omite să afirme că, anterior, a stabilit ofertantul câștigător în mod nelegal, aspect constatat prin două decizii ale Consiliului. Admiterea contestațiilor echivalează cu stabilirea de către Consiliu a faptului că autoritatea a încălcat dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, fiind implicită culpa ei în întârzierea atribuirii contractului de achiziție publică. Dacă autoritatea ar fi respectat întocmai dispozițiile Consiliului din prima decizie nu s-ar fi ajuns la întârzierea procedurii.

Nu a fost respectat nici termenul de 10 zile pentru executarea deciziei nr. ..., fiind amânată reevaluarea ofertei asocierii SC ... SRL - SC ... SRL. În plus, autoritatea a pus în aplicare în mod formal această decizie, desemnând câștigătoare aceeași ofertă inadmisibilă, pe care a favorizat-o în tot cursul licitației.

Pierderea finanțării din cauza întârzierii repetate a procedurii de atribuire are la bază culpa autorității achizitoare. Practic, aceasta din urmă își invocă propria vină pentru justificarea măsurii anulării procedurii de atribuire. Singura parte responsabilă de tergiversarea întregii proceduri, până la punctul la care a fost împlinit termenul de 7 luni al contractului de finanțare, este exclusiv autoritatea contractantă.

Municipiul ... putea cere prelungirea contractului de finanțare, până în luna iunie 2016, conform Instrucțiunii AM POR nr. 144/10.12.2015, posibilitate pe care aceasta a ales să o ignore, preferând să renunțe la fondurile europene obținute din partea autorității finanțatoare. Din raportul de vizită specială pe șantier din data de 27.10.2015 emis de "ADR" Nord Est rezultă că exista posibilitatea de continuare a contractului de finanțare: *"Beneficiarul va notifica OI-ADR Nord Est asupra deciziei cu privire la continuarea sau rezilierea contractului de finanțare. În situația în care se decide continuarea contractului de finanțare, Beneficiarul va comunica data estimată pentru finalizarea proiectului și va completa datele din tabelul de mai jos"*.

Susținerea autorității, în sensul în care ar fi imposibilă încheierea contractului, pentru lipsa sursei de finanțare, este neîntemeiată, neprobată și nelegală, în raport de Instrucțiunea AM POR nr. 144/10.12.2015.

Finanțarea proiectului viza pe lângă fonduri europene și fonduri de la bugetele local și de stat.

Din comunicarea nr. 122762/28.12.2015 reiese că anularea a fost decisă de autoritatea contractantă, nu de comisia de evaluare, cea care putea lua această decizie în mod legal. Doar comisia de evaluare avea obligația de a propune anularea procedurii de atribuire, în cuprinsul unui raport al procedurii care se înaintează spre aprobare conducătorului autorității contractante.

Rezilierea contractului de finanțare nici măcar nu este certă, nu se înțelege că ar exista un acord al părților relativ la reziliere. Autoritatea contractantă nu poate rezilia unilateral contractul de finanțare.

Clauza suspensivă din fișa de date nu este aplicabilă în susținerea anulării procedurii de atribuire.

Autoritatea a eludat caracterul obligatoriu al deciziilor prin care Consiliul a dispus obligarea ei la continuarea procedurii.

Sunt încălcate, totodată, prevederile art. 204 alin. (1) din ordonanță și cele ale art. 93 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Măsura de anulare are consecințe prejudiciabile atât pentru societatea contestatoare, cât și pentru interesele autorității contractante. Circumstanțele anulării sunt unele artificiale, contrare art. 93 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006

Este citată jurisprudența Consiliului pentru situații similare.

În punctul său de vedere nr. 5208/18.01.2016 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 1578/21.01.2016, autoritatea contractantă susține, în apărare, că semnatarul contestației, domnul ..., nu are calitatea de reprezentant al SC ...

SA, motiv pentru care invocă excepția lipsei calității de reprezentant.

Contestatoarea uită că nu ar fi participat la procedura de atribuire dacă autoritatea contractantă nu ar fi depus diligențele necesare privind obținerea finanțării prin fonduri nerambursabile. În urma acestor diligențe s-a încheiat contractul de finanțare nr. ... cu Autoritatea de Management din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, pentru o perioadă de implementare a proiectului de 7 luni (de la data de 19.05.2015 până la data de 18.12.2015).

Conform contractului de finanțare, art. 9 alin. (7) și (9), beneficiarul are obligația de a respecta calendarul activităților prevăzute în anexa nr. IV - Cererea de finanțare a contractului, precum și calendarul achizițiilor publice a achizițiilor publice prevăzute în cererea de finanțare a contractului.

Direcția de Monitorizare din cadrul Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, raportat la situația de fapt a derulării contractului de finanțare, a recomandat rezilierea contractului de finanțare, întrucât s-a apreciat că, dată fiind imposibilitatea execuției lucrărilor conform duratei stabilite prin proiectul tehnic până la data limită de implementare a POR 2007-2013, beneficiarul se află în imposibilitatea fizică de a implementa în condiții optime proiectul, astfel încât să asigure îndeplinirea tuturor obiectivelor și indicatorilor până la data de 31.12.2015.

În funcție de aceste aspecte s-a dispus anularea licitației, prin raportul nr. 122749/28.12.2015. S-au avut în vedere și:

Contractul de finanțare a expirat la 18.12.2015.

În anunțul de participare nr. 158746/15.04.2015 s-a prevăzut clauza suspensivă: *"Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de semnarea contractului de finanțare cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (fonduri europene), semnarea contractului facându-se cu respectarea dispozițiilor art. 94 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, având în vedere dispozițiile Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă precizează că va încheia contractul cu ofertatul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice. În cazul în care, indiferent de motive, contractul de finanțare cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice nu se va semna, autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a aplica prevederile art. 209 alin (1) lit. c) din*

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg ca Autoritatea Contractantă și/sau Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice nu pot fi răspunzători pentru vreun prejudiciu în cazul anularii procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă Autoritatea Contractantă și/sau Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice au fost notificați asupra existenței unui asemenea prejudiciu.

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."

Adresa nr. ... de la MDRAP prin care înștiințează autoritatea contractantă că s-a demarat procedura de reziliere a contractului de finanțare nr. ... aducând la cunoștință obligația de a restitui sumelor datorate ministerului prin plățile efectuate, sume care au fost deja restituite de către autoritatea contractantă prin OP nr. 5622 și 5623 din 14.12.2015.

Art. 94 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, "Indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidența legislației privind finanțele publice."

În ședința din data de ..., comisia de evaluare a hotărât anularea procedurii de atribuire deoarece nu se mai poate încheia contractul de lucrări, ca urmare a lipsei surselor de finanțare, în conformitate cu art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță: "Autoritatea Contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri: c) [...] dacă este imposibilă încheierea contractului".

Nu se poate reține culpa autorității, iar aspectele invocate de către contestatoare nu sunt întemeiate, raportat la concretul situației.

Dacă societatea contestatoare ar fi câștigat licitația nimeni nu garantează că societățile concurente nu ar fi formulat contestații.

Cu nr. ..., înregistrate la Consiliu cu nr. 1886/ 26.01.2016, SC ... SRL formulează concluzii scrise, în care, referitor la excepția lipsei calității de reprezentant invocată de către autoritatea contractantă, precizează că semnatarul ... deține împuternicirea nr. 24/05.01.2016 (anexată), din care rezultă că a fost mandatat să întreprindă orice acțiune necesară bunei funcționări a societății în intervalul 06.01.2016 - 08.01.2016, inclusiv de a formula contestații

împotriva oricăror licitații/proceduri de achiziție publică, în numele și pe seama societății.

Pentru eliminarea oricărui dubiu, este prezentată declarația nr. 177/20.01.2016 a directorului general, domnul ..., privind însușirea contestației nr. 37/06.01.2016.

Viciul poate fi acoperit în temeiul art. 82 alin. (1) C. proc. civ.: *"Când instanța constată lipsa dovezii calității de reprezentant a celui care a acționat în numele părții, va da un termen scurt pentru acoperirea lipsurilor. Dacă acestea nu se acoperă, cererea va fi anulată."* Mai mult, din analiza art. 1309, 1311 și 1312 C. civ. se desprinde concluzia că, în lipsa existenței unui document care atestă puterea de reprezentare, cel pe seama căruia s-a acționat poate să ratifice actul îndeplinit în numele și pe seama sa, iar ratificarea are efect retroactiv.

Prin urmare, trebuie respinsă excepția invocată de autoritate.

Sunt reluate și suplimentate criticile aduse în contestație față de măsura anulării licitației.

Din documentele furnizate de autoritate Consiliului rezultă că acordul părților contractului de finanțare relativ la reziliere a operat ulterior deciziei de anulare a procedurii de atribuire. Astfel, invitația la soluționare pe cale amiabilă a situației privind rezilierea contractului de finanțare este ulterioară deciziei de anulare. Autoritatea a transmis punctul de vedere cu privire la soluționarea pe cale amiabilă tot ulterior anulării, iar procesul-verbal aferent invitației la soluționare este ulterior chiar și contestației.

Așadar, la data comunicării deciziei de anulare a procedurii pentru lipsa sursei de finanțare nu exista un acord al părților relativ la reziliere. Simpla intenție a autorității de a anula procedura de atribuire fără a și materializa această decizie într-un act administrativ concret, astfel încât să poată produce efectele invocate de aceasta, nu este de natură să fie asimilată rezilierii efective a contractului de finanțare. Mai mult, nici la acest moment nu a fost prezentat un act administrativ concret care să consfințească rezilierea contractului de finanțare.

Componenta comisiei de evaluare care a propus anularea procedurii de atribuire este diferită de cea menționată în rapoartele de procedură anterioare. Nu există niciun document care să ateste înlocuirea de către autoritate a unui membru al comisiei de evaluare și motivele obiective care stau la baza înlocuirii.

În ultimul raport al procedurii, comisia a ignorat obligația de reevaluare a ofertei depuse de asocieria SC ... SRL - SC ... SRL. Nu există niciun motiv pentru care comisia să nu procedeze la reevaluarea acestei oferte.

În replică la concluziile scrise ale contestatoarei, autoritatea a înaintat Consiliului adresa (punctul de vedere) nr. 9390/27.01.2016,

în care arată că, chiar și în ipoteza în care ar fi solicitat prelungirea contractului de finanțare, tot nu se putea încadra în termenul de 6 luni de realizare a lucrării. În ceea ce privește membrii semnatori ai raportului, în locul domnului ... a semnat membrul de rezervă Adrian Cuperman.

La 29.01.2016, SC ... SRL depune noi concluzii scrise, prin care combate adresa nr. 9390/27.01.2016 a autorității contractante.

La 03.02.2016, urmând șirul de răspuns la răspuns, ... prezintă un nou punct de vedere, cu nr. 11713/03.02.2016, în duplică la concluziile scrise ale SC ... SRL. La rândul său, societatea revine cu notele scrise nr. 338/04.02.2016.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 15.04.2015, autoritatea contractantă Municipiul Iași a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de modernizare a cinci tronsoane din șoseaua Națională, ... și bulevardul ... din zona industrială a municipiului, estimate valoric la ... lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare.

La procedură au fost primite șapte oferte, între care și cea a asocierii SC ... SRL - SC ... SRL, care a fost declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă. Împotriva acestui rezultat, a formulat contestații SC ... SA, soluționate de Consiliu prin deciziile nr. ... și nr. ..., în sensul admiterii, anulării rezultatului și obligării autorității la reevaluarea ofertei asocierii amintite.

Prin ultimul raport al procedurii de atribuire (nr. 122749/28.12.2015), aprobat de conducătorul autorității contractante, având în vedere următoarele:

- contractul de finanțare nr. ... din 18.05.2015 pentru proiectul "..." cu termen de finalizare 18.12.2015.

- datorita faptului ca au fost depuse contestatii, contractul de lucrari nu a fost semnat, iar contractul de finantare a expirat la 18.12.2015.

- Clauza suspensiva din anuntul de participare in SEAP ...: "Procedura de atribuire este initiata sub incidenta prezentei clauze suspensive, in sensul ca incheierea contractului de achizitie publica este conditionata de semnarea contractului de finantare cu Ministerul Dezvoltarii Regionale si a Administratiei Publice (fonduri europene) , semnarea contractului facandu-se cu respectarea dispozitiilor art.94 din HG 925/2006 , cu modificarile si completarile ulterioare, avand in vedere dispozitiile OUG nr. 34/2006 si HG 925/2006 cu modificarile si completarile ulterioare, Autoritatea Contractanta precizeaza ca va incheia contractul cu ofertatul declarat castigator numai in masura in care fondurile necesare achizitiei vor fi asigurate prin semnarea contractului de finantare cu Ministerul Dezvoltarii Regionale si Administratiei Publice. In cazul in care, indiferent de motive , contractul de finantare cu Ministerul Dezvoltarii Regionale si Administratiei Publice nu se va semna, Autoritatea Contractanta isi isi rezerva dreptul de a aplica prevederile art.209 alin. (1) lit. (c) din OUG 34/2006 cu modificarile si completarile ulterioare.

Ofertantii din cadrul acestei proceduri inteleg ca Autoritatea Contractanta si/sau Ministerul Dezvoltarii Regionale si Administratiei Publice nu pot fi raspunzatori pentru vreun prejudiciu in cazul anularii procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia si indiferent daca Autoritatea Contractanta si/sau Ministerul dezvoltarii Regionale si Administratiei Publice au fost notificati asupra existentei unui asemenea prejudiciu.

Ofertanti din cadrul acestei proceduri accepta utilizarea conditiilor speciale de mai sus clauzei suspensive, asumandu-si intrega raspundere in raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi in situatia descrisa".

- Adresa nr. .../08.12.2015 de la MDRAP prin care instiinteaza autoritatea contractanta ca s-a demarat procedura de reziliere a contractului de finantare nr. .../18.05.2015 aducand la cunostinta obligatia de a restitui sumelor datorate ministerului prin platile efectuate, sume care au fost deja restituite de catre autoritatea contractanta prin OP nr. ... din 14.12.2015

- Art 94 din HG 925/2006 cu modificarile si completarile ulterioare "Indiferent de momentul initierii procedurii de atribuire, autoritatea contractanta are obligatia de a verifica, inainte de incheierea contractului, respectarea dispozitiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice."

comisia de evaluare a hotarat anulara procedurii de atribuire deoarece nu se mai poate incheia contractul de lucrari, ca urmare a lipsei surselor de finantare, in conformitate cu art. 209 alin. (1) lit. c) din HG 925/2006 cu modificarile si completarile ulterioare: "Autoritatea Contractanta are obligatia de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achizitie publica in urmatoarele cazuri: c) [...] daca este imposibila incheierea contractului".

Măsura anulării licitației, comunicată de autoritate ofertanților la 28.12.2015, a fost contestată de SC ... SA (în prezent SRL), pentru motivele evocate anterior, în termenul legal de zece zile, iar contestația formează obiectul cauzei de față.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării excepției lipsei calității de reprezentant al contestatorului invocată de către autoritatea contractantă, raportat la art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 248 alin. (1) C. proc. civ. Consiliul este ținut să o analizeze cu precădere. În această privință, este de reținut că domnul ..., semnatar al contestației, este angajat al societății reclamante, în funcția de director comercial (funcție declarată în cuprinsul contestației).

Pentru formularea contestației în numele societății la care este angajat, domnul ... a fost mandatat expres de către directorul general al societății, prin împuternicirea nr. 24/ 06.01.2016 (aflată la dosar). Totodată, același director general al societății a depus la Consiliu declarația pe proprie răspundere nr. 177/20.01.2016, în sensul că își însușește contestația semnată de mandatarul Dan Ovidiu Boicu.

După cum a remarcat și reclamanta, art. 82 alin. (1) C. proc. civ. prevede obligația instanței ca, atunci când constată lipsa dovezii calității de reprezentant a celui care a acționat în numele părții, să acorde un termen scurt pentru acoperirea lipsei. O dispoziție similară este cea de la art. 270 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, potrivit căreia, în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), între care și semnătura reprezentantului

persoanei juridice, va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația.

Furnizând Consiliului împuternicirea nr. 24/06.01.2016 și declarația pe proprie răspundere nr. 177/20.01.2016, ambele semnate de directorul general al societății contestatoare, aceasta a acoperit obligația legală de formulare a contestației printr-un organ reprezentativ al ei, context în care excepția ridicată de Municipiul ... se vădește a fi nefondată și este respinsă.

Conform art. 218 C. civ.: *(1) Actele juridice făcute de organele de administrare ale persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost conferite, sunt actele persoanei juridice înseși. (2) În raporturile cu terții, persoana juridică este angajată prin actele organelor sale, chiar dacă aceste acte depășesc puterea de reprezentare conferită prin actul de constituire sau statut, în afară de cazul în care ea dovedește că terții o cunoșteau la data încheierii actului. Simpla publicare a actului de constituire sau a statutului persoanei juridice nu constituie dovada cunoașterii acestui fapt.*

Asupra fondului aspectelor sesizate de reclamantă, cu titlu preliminar este de remarcat că, nicăieri în cuprinsul deciziilor sale nr. ... și nr. ..., Consiliul nu s-a pronunțat cu privire la permiterea sau interzicerea Municipiului ... de a adopta măsura anulării procedurii de atribuire.

În considerentele și dispozitivul deciziilor s-au formulat aprecieri legate în mod exclusiv de evaluarea ofertei asocierii SC ... SRL - SC ... SRL, iar nu cu privire la dreptul sau obligația autorității contractante de a își anula achiziția. Prin urmare, nu se pot reține existența autorității de lucru judecat a deciziei pe acest subiect și nici încălcarea de către autoritate a deciziilor Consiliului prin măsura adoptată. Autoritate de lucru judecat există doar asupra a ceea ce a judecat și stabilit Consiliul, iar nu asupra a ceea ce nu a fost judecat de acesta.

De altminteri, Consiliul nici nu avea îndrituirea de a îi interzice Municipiului ... îndeplinirea obligației legale de a anula procedura dacă sunt incidente ipotezele de la art. 209 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cum este și cea a imposibilității încheierii contractului cauzată de pierderea finanțării.

Măsura anulării a fost adoptată și comunicată de autoritate ofertanților la data de 28.12.2015, începând de la care orice persoană care se considera vătămată avea deschisă calea contestației împotriva măsurii luate, în termenul legal.

Trebuie punctat că, în linia cu art. 280 alin. (2) din ordonanță, dacă termenul impus de Consiliu nu este respectat de către autoritatea contractantă, se va aplica conducătorului acesteia care nu a efectuat toate demersurile necesare pentru ducerea la îndeplinire a deciziei Consiliului sau persoanei obligate sancțiunea

prevăzută la art. 294 alin. (2) – amendă de la 20.000 lei la 40.000 lei.

Potrivit art. 280 din aceeași ordonanță, decizia Consiliului este obligatorie pentru autoritatea contractantă, inclusiv sub aspectul termenului acordat de Consiliu pentru punerea ei în executare.

Nu încap nicio îndoială că funcționarii desemnați ai autorității nu au respectat termenul de zece zile pentru punerea în executare a deciziei nr. ..., calculat în funcție de momentul primirii ei (la data de 09.12.2015, înregistrată la primărie cu nr. 116021). Raportul final prin care s-a stabilit rezultatul procedurii a fost aprobat de autoritate abia la 28.12.2015, adică peste cele zece zile impuse de Consiliu.

Cu toate acestea, simpla depășire a termenului nu constituie motiv de anulare a raportului procedurii nr. 122749/28.12.2015 sau a întregii licitații, nefiind prevăzută de lege această sancțiune. Pentru eventualul prejudiciu cauzat de întârzierea finalizării procedurii de către autoritate, ofertanta contestatoare are dreptul de a solicita despăgubiri prin acțiune în justiție, evident fără a exclude răspunderea contravențională a autorității contractante. Însă, pentru a se aplica sancțiunea anulării din cauza depășirii termenului, contestatoarea trebuie să demonstreze organului jurisdicțional suportarea unei vătămări care nu se poate înlătura decât prin anularea actelor îndeplinite cu nerespectarea termenului amintit, demonstrație care nu există.

Mai trebuie punctat și că nu Consiliului îi revine competența de a aplica sancțiunea amenzii contravenționale pentru încălcarea termenului de executare a deciziei, art. 295 din ordonanță stabilind:

(1) Constatarea contravențiilor și aplicarea sancțiunilor se realizează de către persoane împuternicite ale Agenției Naționale pentru Achiziții Publice.

(2) Aplicarea sancțiunii amenzii contravenționale se prescrie în termen de 36 de luni de la data săvârșirii faptei.

(4) Orice persoană are dreptul de a sesiza Agenția Națională pentru Achiziții Publice cu privire la încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. În vederea exercitării acestui drept persoanele respective vor transmite Agenției Naționale pentru Achiziții Publice împreună cu sesizarea și datele/documentele relevante, în vederea susținerii acesteia.

Este de remarcat că orice obiecție vizavi de depășirea termenului de executare a primei decizii a Consiliului este atât tardivă, la acest moment, cât și lipsită de interes pentru SC ... SA/SRL, câtă vreme faptele sunt anterioare deciziei nr. ..., prin care i-a fost admisă contestația nr. .../19.10.2015.

Lipsite de interes sunt și criticile legate de semnarea raportului procedurii nr. .../28.12.2015 de alți membri ai comisiei. Presupunând că autoritatea a încălcat regulile de la art. 72 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 [*Autoritatea contractantă are dreptul de a înlocui un membru al comisiei de evaluare cu un membru de rezervă numai dacă persoana care urmează să fie înlocuită nu are posibilitatea, din motive obiective, de a-și îndeplini*

atribuțiile care rezultă din calitatea de membru al comisiei de evaluare. După producerea înlocuirii, calitatea de membru al comisiei de evaluare este preluată de către membrul de rezervă, care își va exercita atribuțiile aferente până la finalizarea procedurii de atribuire.], încălcare neimputabilă ofertanților, trebuie constatat că ea nu este sancționată de legislația în vigoare cu nulitatea absolută sau relativă a raportului ori a întregii proceduri de atribuire, drept pentru care suntem în prezența unei nulități virtuale. În speță, ea nu poate opera și lipsi de efecte actele/întreaga procedură de achiziție întrucât nu a atras niciun prejudiciu pentru contestatoare. Nu orice fel de încălcare atrage sancțiunea drastică a nulității, mai cu seamă dacă nu a cauzat vreo vătămare celei care o invocă, cum s-a întâmplat în cazul analizat.

Indiferent de componența comisiei de evaluare, raportul procedurii produce efecte juridice prin asumarea lui de către conducătorul autorității contractante, iar în speța de față raportul este asumat prin semnătură de către primar, prin viceprimarul mandatat în acest sens. Cu alte cuvinte, nu componența comisiei care a întocmit raportul este esențială, ci validarea raportului de către persoana îndrituită legal. În absența acestei validări, raportul este lipsit de efecte și neangajant pentru autoritatea contractantă.

La art. 83 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 se stabilește expres că raportul procedurii de atribuire se înaintează conducătorului autorității contractante *spre aprobare*. Cum s-a arătat, nu componența comisiei de evaluare care a întocmit raportul o vatămă pe contestatoare, ci aprobarea lui de către primar. Indiferent de orice permutări ar fi avut loc între membrii titulari și cei de rezervă, este probabil ca soluția propusă să fie aceeași, însă este o certitudine că primarul ar fi aprobat anularea licitației din cauza lipsei fondurilor necesare. Consiliul admite existența unui interes teoretic, în sensul asigurării legalității procedurii, însă el nu este suficient pentru a configura un folos practic în persoana societății care a inițiat activitatea jurisdicțională.

În decizia sa civilă nr. 2309 din 20 octombrie 2011, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a arătat că art. 255 alin. (2) lit. a) din ordonanță nu instituie posibilitatea introducerii unor acțiuni pentru analize și dezbateri pur teoretice, fără consecințe practice asupra persoanei pretins vătămate, sau susținerea exclusiv a vătămării unui interes public (contencios obiectiv). Decizia civilă nr. 6243 din 26 iulie 2012, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și deciziile nr. 2800/R-CONT din 10 decembrie 2012 și nr. 2076/R-CONT din 7 iunie 2013 ale Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, sunt în aceeași direcție.

Relativ la cauzele anulării procedurii, Consiliul observă că, în fișa de date a achiziției, la III.1.2) - Principalele modalități de finanțare și plata și/sau trimitere la dispozițiile relevante, autoritatea a specificat: "*Buget local 2%; Buget stat 17,65%; Fonduri europene 80,35%.*" De asemenea, în aceeași fișă s-a notat că: "*Numarul si performantele tehnice ale utilajelor, echipamentelor tehnice, bazelor de productie, mijloacelor de transport si laboratoarelor va fi corelat cu tehnologia de executie adoptata, exigentele de calitate impuse si cu durata de executie ofertata luand in calcul inclusiv perioada de timp fruguros cat si faptul ca toate proiectele finantate prin Programului Operational Regional 2007-2013 trebuie finalizate pana la data de 31 decembrie 2015.*"

La pct. VI.2) - Contractul/concursul se înscrie într-un proiect/program finanțat din fonduri comunitare/program operațional/program național de dezvoltare regională s-a trecut: "*Programul Operational Regional 2007 - 2013, Axa 1 - Sprijinirea dezvoltarii durabile a oraselor - poli urbani de crestere, domeniul major de interventie 1.1. - Planuri integrate de dezvoltare urbana, sub-domeniul - Poli de crestere*". Tipul de finanțare: "*Programul Operational Regional - POR*".

Consiliul determină că licitația deschisă organizată de Municipiul Iași a fost anulată de acesta din cauza lipsei fondurilor financiare europene pe anul 2016 (peste 80% din valoarea estimată), față de cele previzionate la momentul demarării achiziției. Unitatea administrativ-teritorială a încheiat cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și Agenția pentru Dezvoltare Regională Nord-Est contractul de finanțare nr. 5125/18.05.2015 pentru implementarea proiectului de reabilitare a infrastructurii rutiere din zona industrială a municipiului Iași, cod SMIS ... În baza acestui contract urma a fi asigurată peste 80% din finanțarea achiziției, cu o perioadă de implementare a proiectului de 7 luni (de la data de 19.05.2015 până la data de 18.12.2015), potrivit art. 2 - Durata contractului și perioada de implementare a proiectului.

Așadar obligația de implementare a proiectului de către autoritatea beneficiară era una afectată de un termen extinctiv, față de care Codul civil prevede că, la împlinirea lui, obligația se stinge [art. 1.412 alin. (2)].

Cu adresa nr. 110028/03.12.2015, Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice a informat Municipiul Iași că Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional a demarat procedura de reziliere a contractului de finanțare în discuție. Totodată, i s-a pus în vedere municipiului să restituie ministerului suma de 24.304 lei, cheltuită din finanțarea nerambursabilă. Ulterior, potrivit ordinului de plată și extrasului de

cont din 14.12.2015, regăsite la dosarul cauzei, suma a fost returnată.

Prin urmare, încă de la data de 03.12.2015, finanțatorul a informat beneficiarul că respectivul contract de finanțare va fi reziliat, iar beneficiarul nu a ridicat nicio obiecție vizavi de reziliere, ci dimpotrivă, a și restituit suma de 24.304 lei. Mai mult, intenția de reziliere a fost manifestată încă de la data de 02.11.2015, când beneficiarul a transmis Agenției pentru Dezvoltare Regională Nord-Est adresa nr. ..., în care preciza că Municipiul ... a decis inițierea procedurii de reziliere a contractului de finanțare. Și agenția a propus ministerului soluția rezilierii, prin adresa nr. 25749/OI/06.11.2015.

Atât finanțatorii, cât și beneficiarul aveau prefigurată încetarea inerentă a contractului de finanțare încă din luna noiembrie 2015, chiar dacă rezilierea nu era formalizată prin semnarea unor documente care să o confirme. Cauzele care au dus la reziliere sunt obiective și de neînlăturat, fiind cert că proiectul nu mai putea fi implementat în cele 7 luni (de la data de 19.05.2015 până la data de 18.12.2015) stabilite în contractul de finanțare.

Cu adresa nr. ..., Municipiul ... a rugat Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice să ia act de acordul său privind rezilierea contractului de finanțare nr. ... În același sens este și adresa beneficiarului nr. 152/ 04.01.2016.

La data de 11.01.2016, între trei reprezentanți ai ministerului a fost semnat un proces-verbal care să confirme operarea rezilierii, cu acordul tuturor părților.

Autoritatea contractantă a explicat în raportul procedurii și în comunicările către ofertanți care sunt circumstanțele factuale care impun anularea licitației, fundamentată în drept pe normele art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță – *autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică dacă este imposibilă încheierea contractului* – și pe cele ale art. 94 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 – *indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice*.

Dispozițiile precitate ale art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță nu pretind destinatarilor să dețină acte de pierdere a finanțării achiziției, fiind suficient, din perspectiva legii, ca autoritatea achizitoare să aibă certitudinea că nu va mai dispune de finanțare. Altfel spus, chiar dacă rezilierea contractului de finanțare nr. ... nu era formalizată într-un document constatator, cât timp rezilierea era inevitabilă, autoritatea nu putea atribui și, mai ales, semna

contractul de achiziție publică. Certitudinea pierderii sursei de finanțare din fonduri europene era cunoscută organizatoarei licitației încă din luna noiembrie 2015.

Singura care avea interesul și putea solicita extinderea perioadei contractului de finanțare era autoritatea contractantă, nu Ministerul Dezvoltării Regionale sau Administrației Publice și Agenția pentru Dezvoltare Regională Nord-Est. Evident, doar autoritatea contractantă era cea în măsură să aprecieze dacă este sau nu oportună o asemenea solicitare, care reprezintă un drept al ei, nu o obligație.

Concluzia imposibilității semnării contractului, la care s-a oprit autoritatea achizitoare, este una întemeiată și legală, iar faptul că nu a solicitat prelungirea contractului de finanțare nu constituie o încălcare a legii. Avea acest drept, drept care nu a fost exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe (art. 15 C. civ.).

Câtă vreme dreptul autorității nu a fost exercitat abuziv, nici ipoteza de la art. 1.353 C. civ. nu este incidentă în speța de față – cel care cauzează un prejudiciu prin chiar exercitiul drepturilor sale nu este obligat să îl repare, cu excepția cazului în care dreptul este exercitat abuziv.

Raportat la pierderea fondurilor europene alocate achiziției în anul 2015 și la neaprobarea altor fonduri cu aceeași destinație pentru anul în curs, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a precedat în mod legal și temeinic la anularea procedurii de achiziție, nefiind posibile remedierea și continuarea ei.

De bună seamă că, în situația în care fondurile necesare achiziției lipsesc ori au fost diminuate cu peste 80%, nu este posibilă semnarea unui contract de achiziție și, astfel, angajarea legală a unui credit bugetar. Niciun ofertant, nici măcar SC ... SRL, nu poate obliga autoritatea să accepte o ofertă și să semneze contractul cu un preț fără acoperire în bugetul alocat achiziției.

Conform art. 4 și 61 din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice:

- legea bugetară anuală prevede și autorizează, pentru anul bugetar, veniturile și cheltuielile bugetare, precum și reglementări specifice exercitiului bugetar;
- sumele aprobate, la partea de cheltuieli [...] în cadrul cărora se angajează, se ordonânțează și se efectuează plăți, reprezintă limite maxime care nu pot fi depășite;
- angajarea cheltuielilor din aceste bugete se face numai în limita creditelor bugetare aprobate.

Potrivit art. 71 din aceeași lege, nerespectarea prevederii conform căreia angajarea cheltuielilor din bugete se face numai în limita creditelor bugetare aprobate constituie infracțiune și se

pedepsește cu închisoare de la trei luni la doi ani sau cu amendă. Altfel spus, angajarea cheltuielilor de către ordonatorul de credite cu depășirea limitelor creditelor bugetare aprobate sau, mai grav, fără să mai existe prevăzut creditul bugetar, este interzisă și constituie infracțiune la disciplina financiară. Prevederi similare există și în ceea ce privește finanțele publice locale (Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale, art. 77).

Totodată, [Normele](#) metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice [nr. 1.792/2002](#), dispun la fel de clar: "Este interzis ordonatorilor de credite aprobarea unor angajamente legale fără asigurarea că au fost rezervate și fondurile publice necesare plății acestora în exercițiul bugetar [...]. Angajarea cheltuielilor trebuie să se facă întotdeauna în limita disponibilului de credite bugetare [...]".

În contextul în care, potrivit dispozițiilor Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice, Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale și celorlalte reglementări financiare, nu se pot angaja cheltuieli în absența unui credit bugetar acoperitor aprobat (ordonatorii de credite răspunzând inclusiv penal de angajarea, lichidarea și ordonanțarea cheltuielilor în limita creditelor bugetare repartizate și aprobate de care dispun), autoritatea contractantă nu poate încheia contractul de achiziție publică și angaja legal cheltuielile pe care le presupune, nemaexistând la acest moment sursa de finanțare integrală a lor. Chiar dacă la data inițierii procedurii se previziona existența fondurilor pentru achiziția în cauză, ele au fost diminuate prin încetarea contractului de finanțare nr. .../18.05.2015.

Cum s-a precizat mai sus, art. 94 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 dispune că, "indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice".

Chiar dacă la momentul demarării licitației autoritatea se baza pe menținerea sumelor alocate pentru POR 2007-2013 și încadrarea în perioada de implementare a proiectului, lucru care nu s-a întâmplat din cauza prelungirii perioadei de derulare a achiziției în urma contestațiilor, nu îi este interzis autorității să își anuleze procedura ca urmare a restrângerii bugetare, ci dimpotrivă, ea este obligată la anularea ei dacă fondurile pe care conta nu îi mai sunt disponibile.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce

afirmă în fața Consiliului, SC ... SRL nu a reușit să probeze că Municipiul ... ar avea în prezent la dispoziție sumele necesare pentru achiziționarea lucrărilor de modernizare a infrastructurii.

Drept urmare a celor de mai sus, trebuie observat că, în mod corect autoritatea a anulat procedura de atribuire în cauză, decizia sa fiind în acord atât cu prevederile legilor financiare, cât și cu cele ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Totodată, ea este în acord și cu deciziile precedente ale Consiliului, pe care nu le încalcă. Faptul că, anterior, contractul a fost atribuit unui anumit ofertant nu înseamnă că, la reevaluare, autoritatea nu mai are dreptul sau obligația de a își anula procedura, dacă circumstanțele o impun.

Referințe în aceeași direcție regăsim și în practica judiciară în materia achizițiilor publice:

- deciziile civile nr. 819 din 7 mai 2007 (Curtea constată că plângerea este întemeiată, neputându-se anticipa la data inițierii procedurii de atribuire prelungirea ei în anul următor și pierderea fondurilor. Astfel fiind, curtea va admite plângerea și va modifica decizia Consiliului, în sensul că va anula procedura de licitație deschisă.), nr. 992 din 5 mai 2011 (Anularea fondurilor alocate pentru încheierea contractului atrage imposibilitatea încheierii lui și, în consecință, anularea procedurii de atribuire.), nr. 5821 din 16 decembrie 2013 (Este legală anularea procedurii de atribuire din cauza situației financiare grele a autorității.) și nr. 1715 din 6 martie 2014 (Anulare a procedurii de atribuire ca urmare a reducerii fondurilor necesare de către consiliul local prin rectificare bugetară, determinată chiar de propunerea autorității contractante. Anulare legală, întrucât este imposibilă încheierea contractului.), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 330/R-CONT din 1 februarie 2013 (Autoritatea este obligată să își anuleze procedura de atribuire ca urmare a restrângerii bugetare.), Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia civilă nr. 2123 din 12 septembrie 2012 (Anularea procedurii de atribuire ulterior invitării ofertantului desemnat câștigător la semnarea contractului, întrucât consiliul local a renunțat la finanțarea investiției, motivat de faptul că lucrările pe care le va demara consiliul județean presupun deteriorarea străzilor ce trebuiau reabilitate în cadrul investiției. Autoritatea nu este culpabilă pentru situația în care ofertanta a achiziționat materiale anterior perfectării contractului de achiziție publică.), Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

Clauza suspensivă din cuprinsul anunțului de participare postat în SEAP ("încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de semnarea contractului de finanțare", iar semnarea

contractului de achiziție se va realiza cu respectarea art. 94 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu precizarea că autoritatea va încheia contractul cu ofertatul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate) trebuie interpretată funcțional și înțeleasă prin prisma voinței autoarei ei. Este logic că, indiferent de semnarea sau nu a contractului de finanțare nr. .../18.05.2015, dacă autoritatea nu poate trage sumele obținute în condițiile contractului de finanțare, respectiv nu poate susține financiar achiziția din contractul de finanțare nr. 5125/18.05.2015, singura soluție legală este aceea a anulării licitației.

În ceea ce privește existența unei eventuale culpe a Municipiului ..., constând în tergiversarea finalizării licitației, ea nu prezintă relevanță în speță, anularea fiind una atât legală, cât și temeinică. Eventuala culpă a municipiului nu poate determina desființa anularea licitației obligarea autorității la atribuirea și semnarea unui contract pentru care nu are asigurată finanțarea.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că organizatoarea procedurii a procedat în mod legal și temeinic la anularea licitației, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri și nici pentru obligarea autorității contractante la continuarea procedurii. Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC ... SRL (fostă SA) nr. 37/06.01.2016, în contradictoriu cu Municipiul Vizavi de eventualele pagube suferite de societatea contestatoare prin anularea procedurii, respingerea contestației sale nu exclude răspunderea patrimonială a autorității contractante și dreptul contestatoarei de a se îndrepta împotriva acesteia, la instanța de judecată competentă potrivit art. 286 și 287, pentru recuperarea prejudiciului cauzat.

Redactată în patru exemplare, conține șaptesprezece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...