CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ... județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin .....–împuternicit, împotriva adresei nr. 5307/15.03....., reprezentând comunicare anulare procedură, emisă de ....., cu sediul în ....., str. ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Servicii de consultanță în implementarea proiectului Regiunea Nord-Est-Axa Rutieră Strategică 3: ..... – Bacău – Reabilitare și modernizare axa de transport Piatra ..... – Mărgineni – Făurei – Horia – Ion Creangă – Icusești – limita județul Bacău”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului în .....

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia prin care SC ..... SRL atacă adresa nr. 5307/ 15.03....., emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura amintită, conform căreia procedura a fost anulată raportat la prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pe motiv că sunt incidente dispoziţiile legale cuprinse în HG nr. 1/....., având în vedere

obiectul contractului de servicii de consultanţă, decizie considerată de contestatoare ca fiind netemeinică și nelegală.

Contestatoarea expune motivele evocate ce au stat la baza anulării procedurii și anume:

a) faptul că prin HG nr. 1/..... se „introduce în relaţia contractuală beneficiar - antreprenor, SUPERVIZORUL. Comisia de evaluare a constatat că acesta îndeplineşte atât sarcinile dirigintelui de şantier (stabilite prin Procedura de autorizare a diriginţilor de şantier, aprobată prin Ordinul Ministrului Dezvoltării Regionale şi Turismului nr. 1496/2011, cu modificările şi completările ulterioare), cât şi alte sarcini, care au fost iniţial incluse în caietul de sarcini aferent contractului de consultanță (Supervizorul are în echipa sa diriginţi de şantier autorizaţi, potrivit prevederilor Legii şi orice alte persoane pentru îndeplinirea rolului său)”;

b) o parte din atribuţiile consultantului (ofertantul care va fi declarat câștigător) prevăzute în Fișa de date la Cap II. 2.1, vor fi în sarcina Supervizorului;

c) faptul că cele două ipoteze, de mai sus, generează efecte iremediabile, în cadrul noţiunii de modificare substanţială a contractului, aşa cum reiese din art. 221 din Legea 98/2016 și faptul că în cauză s-ar impune o reducere cantitativă a contractului de servicii de consultanță și astfel s-ar impune reducerea preţului, generând aplicabilitatea dispoziţiilor art. 28 din Normele aprobate prin HG 395/2016;

d) se mai argumentează decizia de anulare și prin interpretarea Instrucţiunii ANAP nr. 3 din 2017 privind modificările substanţiale sau nesubstanţiale, prin evitarea unei duble finanţări pentru servicii similare.

Referitor la primele două puncte din motivarea anulării procedurii, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă pleacă de la o premisă greșită, în analizarea situației generate de apariția HG nr. 1/....., respectiv faptul că serviciile care urmează să fie achiziţionate prin intermediul contractului de consultanță sunt similare (dacă nu cel puţin în proporţie majoritară) cu serviciile care urmează a fi achiziţionate în cadrul achiziţiei de servicii de dirigenţie de şantier, aşa cum precizează autoritatea contractantă, la pagina 1 din comunicare.

Plecând de la această premisă falsă, autoritatea contractantă îşi motivează anularea din perspectiva efectelor care s-ar putea produce asupra contractului, în cazul în care procedura de atribuie va continua şi vor fi contractate serviciile de consultanță din cadrul procedurii. Prin urmare, motivele invocate pleacă de la o premisă falsă care nu reiese din textele legale invocate.

Redând anumite texte din Hotărârea nr. 1 din 10 ianuarie ..... pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice și Ordinul nr. 1496 din 13 mai 2011 pentru aprobarea Procedurii de autorizare a diriginților de șantier, contestatoarea evidențiază că atribuțiile supervizorului (rolul său) prevăzute în HG nr. 1/....., la care face referire autoritatea contractantă, ca element de noutate, care ar conduce la aplicarea dispoziţiilor art. 212 alin (1) lit. c),

sunt în proporţie covârşitoare (aproape similare), strict de ordin tehnic și specifice activităţii diriginţilor de şantier, conform Procedurii de autorizare a diriginţilor de şantier, aprobată prin Ordinul Ministrului Dezvoltării Regionale şi Turismului nr. 1496/2011, cu modificările şi completările ulterioare.

Din analiza celor două puncte, se concluzionează că persoanele care s-ar putea sau nu alătura echipei de diriginţi de şantier nu pot fi decât persoane cu competențe în domeniul tehnic și financiar, așa cum prevede hotărârea de guvern și nu alte persoane.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că "orice alte persoane", la care face referire definiţia supervizorului, trebuie să aibă legătura cu rolul tehnic majoritar (sau cel mult financiar), prin raportare la sarcinile pe care le are de îndeplinit supervizorul/dirigintele de şantier și nu alte persoane din alte domenii de activitate (respectiv persoane din domeniul juridic, domeniul achiziţiilor publice, domeniul managementului de proiect domeniul resurselor umane etc.).

La art. 44 din Procedura de autorizare a diriginţilor de şantier se expun, enumerativ, atribuţiile și sarcinile (obligaţii şi răspunderi) diriginţilor de şantier, care sunt în strânsă legătură/identice cu sarcinile și obligaţiile supervizorului din HG nr. 1/.....

Prin urmare, activităţile supervizorului sunt similare cu activităţile dirigintelui de şantier, și în nici un caz cu activităţile echipei consultantului, care are atribuţii și sarcini specifice, în legătură cu toate domeniile incidente în cadrul implementării proiectului, în sens larg și în toate domeniile incidente în cadrul desfăşurării contractului de lucrări, în sens restrâns (de ordin managerial, de ordin financiar, de ordin economic, de ordin juridic, de ordin administrativ și de ordin tehnic – complementar și nu similar activității dirigintelui de șantier/supervizorului.

Referitor la cel de-al doilea motiv de anulare a procedurii, reprezentat de faptul că o parte din atribuțiile consultantului (ofertantului care va fi declarat câștigător), prevăzute în Fișa de date la Cap II.2.1, vor fi in sarcina Supervizorului, se constată, de către contestatoare, că și acesta este neîntemeiat și nelegal, întrucât sarcina consultantului, prevăzută în fisa de date, de a superviza activitatea dirigintelui de şantier, contractat de către CJ ....., urmărind ca lucrările să fie realizate conform contractului, iar prin intrarea în vigoare a HG nr. 1/..... această activitate va fi în sarcina Supervizorului (care aşa cum susţine inclusiv autoritatea contractantă - este dirigintele de şantier), este imposibil să fie atribuită supervizorului (dirigintelui de şantier).

Prin urmare, se constată interpretarea tendenţioasă a acestor texte de lege şi în scopul creării de argumente artificiale, care să genereze anularea procedurii. În consecinţă, nici motivul indicat la punctul b) nu poate susţine decizia de anulare a procedurii.

Cu privire la cel de-al treilea motiv de anulare a procedurii, invocat de autoritatea contractantă, respectiv modalitatea forțată și greșită de interpretare a atribuțiilor și sarcinilor supervizorului conform normelor

cuprinse în HG nr. 1/..... prin raportare la elementul de comparaţie - activităţile specifice/sarcinile prestatorului cuprinse în caietul de sarcini întocmit și publicat de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire, contestatoarea susține că cele două tipuri de activităţi/ sarcini, respectiv sarcinile supervizorului (dirigintelui/diriginţilor de şantier) nu sunt similare cu sarcinile consultantului/prestatorului din prezenta procedura, ATRIBUŢIILE LOR ÎN CADRUL IMPLEMENTĂRII PROIECTULUI FIIND COMPLEMENTARE. Nici atribuţiile de ordin tehnic, în special, atribuţiile realizate de către expertul tehnic din cadrul echipei consultantului, nu sunt atribuţii similare cu cele ale supervizorului/ale dirigintelui de șantier, așa cum în mod incorect se susţine în cadrul documentelor contestate. Și invers, sunt atribuţii care pot fi, în exclusivitate în sarcina diriginţilor de şantier, aşa cum pot fi şi sarcini în cadrul contractului care nu pot fi în sarcina acestora, nefiind competenţi în domeniul respectiv.

Conform HG nr. 1/....., în legătură cu noțiunea și atribuțiile supervizorului, se concluzionează că sarcinile implică atât activitatea consultantului, cât şi activitatea supervizorului/a dirigintelui de şantier - activităţile fiind complementare, nu similare.

Un alt aspect este și faptul că o serie de sarcini, aşa cum sunt ele specificate în caietul de sarcini al procedurii (Activităţi specifice - pagina 6-7), implică și activitatea specifică a experţilor, din cadrul echipei consultantului, care nu sunt în domeniul tehnic, respectiv cei din domeniile incidente în implementarea proiectului (de ordin managerial, de ordin financiar, de ordin economic, de ordin juridic, de specialişti în achiziţii publice). Aceste activităţi au o pondere însemnată în implementarea proiectului și nu sunt experţi care să facă parte din echipa supervizorului, iar legea (HG nr. 1/.....) nu prevede acest rol și competență a supervizorului.

De reținut este și că autoritatea contractantă nu-şi poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „nemo auditur propriam turpitudinem allegans", rezultată dintr-o presupusă întocmire eronată a documentaţiei de atribuire prin raportare la sarcinile/activităţile prestatorului - consultant. Nu sunt evidenţiate erorile sau omisiunile care să facă imposibilă continuarea procedurii de atribuire, fără încălcarea principiilor de la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, sau să facă imposibilă încheierea contractului, nefiind întrunite condiţiile prevăzute la art. 212 alin. (1) lit. c) din acelaşi act normativ.

Prin urmare, contestatoarea susține că motivele invocate de autoritatea contractantă, pentru anularea procedurii de atribuire, nu sunt întemeiate, neavând la bază un motiv concret, ferm, real și obiectiv, relevante fiind și prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii", impunându-se anularea deciziei de anulare a procedurii, şi finalizarea procedurii, în conformitate cu prevederile art. 211 lit. a) din

Legea nr. 98/2016, pe motiv că autoritatea contractantă nu a depus probe concludente şi justificări în luarea deciziei sale de anulare a procedurii.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nici o măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

În continuare, contestatoarea apreciază că, prin anularea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă nu a ținut cont de prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la interpretarea autorității contractante că, în cauză, ar fi incidente dispozițiile prevăzute de art. 221 alin. (7) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea susține că acestea sunt simple presupuneri, întrucât în această fază de evaluare a ofertelor nu se poate stabili incidența acestor articole, cu atât mai mult în modalitatea de aplicare expusă în mod tendențios și direcționată ilegal și netemeinic în comunicarea de anulare.

Prin urmare, având în vedere complementaritatea sarcinilor (sarcinile la care face referire autoritatea contractantă implică atât activitatea consultantului, cât și activitatea supervizorului/a dirigintelui de şantier - activităţile sunt complementare, nu sunt similare), în opinia contestatoarei, nu se impune instituţia ajustării preţului contractului, aşa cum în mod incorect se precizează în comunicarea de anulare și în raportul procedurii, atâta timp cât aceste activităţi ale prestatorului-consultant trebuie în continuare să fie realizate în activităţile contractului, deoarece nu sunt similare cu cele ale supervizorului, ele trebuiesc a fi plătite și astfel ajustarea preţului în mod inferior, este incorectă și contrară prevederilor legale.

Pentru motivele invocate, contestatoarea solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 7444/16.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 15194/16.04....., autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere la contestația formulată de SC ..... SRL și copii ale documentelor din dosarul achiziției publice, solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată și respingerea tuturor solicitărilor cuprinse în contestație.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă precizează că, la data de 28.11.2017, a iniţiat în SEAP procedura de atribuire a contractului contestat în prezenta cauză. Conform planului de achiziții din Cererea de finanţare, mai fac parte şi următoarele achiziţii: "Achiziţie servicii dirigenție de şantier", în valoare de 870.009 lei, fără TVA şi "Achiziţie lucrări execuţie", în valoare de 138.983.524,82 lei, fără TVA.

Prin Devizul general aprobat şi prin Cererea de finanţare, anexe la Contractul de finanţare nr. 705 din 09.11.2017, încheiat între Consiliul

Judeţean ..... (beneficiar) şi Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice (Autoritate de Management), conform planului de achiziţii stabilit pentru implementarea acestui proiect, au fost stabilite mai multe proceduri de achiziţie publică de servicii, şi anume:

- Achiziţie servicii consultanță în implementarea proiectului, CPV: 72224000-1 - Servicii de consultanţă privind gestionarea proiectelor,

- Achiziţie servicii dirigenție de șantier CPV: 71520000-9 - Servicii de supraveghere a lucrărilor.

Pentru procedura de achiziţie servicii de consultanţă în implementarea proiectului, în documentaţia de atribuire s-au precizat activităţile specifice pe care „consultantul” le va desfăşura pe parcursul implementării proiectului mai sus menţionat, după cum urmează:

- coordonarea derulării contractelor atribuite în cursul implementării proiectului, a rezultatelor obţinute și a indicatorilor de realizare;

- asistenţă tehnică în evaluarea ofertelor primite în cadrul achiziţiilor publice derulate în cadrul proiectului;

- (...)

- toate rapoartele, datele şi materialele obţinute, compilate sau pregătite de către Consultant în derularea contractului sunt confidenţiale şi vor rămâne în proprietatea absolută a Autorităţii Contractante

- alte atribuţii specifice ce intră în sfera atribuţiilor generale, la solicitarea beneficiarului sau după caz.

Autoritatea contractantă mai arată că pe parcursul derulării procedurii de atribuire a contractului de servicii, prin HG nr. 1/..... pentru aprobarea condiţiilor generale şi specifice pentru contractele de achiziţie publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect exclusiv execuţia de lucrări şi care sunt aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile şi/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, au fost stabilite sarcini principale şi specifice operatorilor economici - supervizor - de verificare tehnică şi financiară, ca parte a implementării proiectelor și anume:

Clauza 1. Definiţii

ccc) Supervizorul are atribuţiile tehnice, financiare şi contractuale stabilite în Condiţiile Contractuale. Supervizorul are în echipa sa diriginţi de şantier autorizaţi, potrivit prevederilor Legii şi orice alte persoane pentru îndeplinirea rolului său;

Clauza 5. Supervizorul şi reprezentantul Supervizorului

5.1. Supervizorul va avea responsabilităţile prevăzute în Contract. Cu excepţia cazurilor expres prevăzute în Contract, Supervizorul nu va fi autorizat să-l elibereze pe Antreprenor de oricare din obligaţiile sale prevăzute în Contract.

Cu excepţia cazului în care este prevăzut altfel în Condiţiile Speciale, Supervizorul are următoarele sarcini principale:

a) emite Ordine Administrative către Antreprenor,

(...)

(o) asistă Beneficiarul în cadrul procedurii de Recepţie la Terminarea Lucrărilor şi de Recepţie Finală,

(p) îndeplineşte celelalte sarcini ale Supervizorului stabilite prin Contract.

Clauza 5. Plăţi

50.3. Certificatul de Plată

Supervizorul va verifica Situaţiile de Lucrări transmise de către Antreprenor şi, în termen de 30 de zile de la primirea Situaţiei de Lucrări, va emite un Certificat de Plată către Beneficiar, cu o copie transmisă Antreprenorului. Termenul de 30 de zile nu poate fi prelungit fără acordul Antreprenorului. Certificatul de Plată va avea aceeaşi structură ca Situaţiile de Lucrări, inclusiv defalcarea sumelor pe Subcontractanţi dacă este cazul. Prin emiterea unui Certificat de Plată, Supervizorul certifică, pe propria răspundere, faptul că sumele solicitate la plată sunt în conformitate cu prevederile Contractului şi corespund cu lucrări, servicii şi articole reale şi conforme cu prevederile Contractului.

Supervizorul nu va certifica la plată sume pentru care Antreprenorul nu a furnizat integral şi în forma finală documentele justificative necesare, stabilite în mod rezonabil de către Supervizor.

Supervizorul, prin orice Certificat de Plată, poate efectua orice amendamente şi modificări justificate oricărui Certificat de Plată anterior eliberat.

Prin urmare, parte din atribuţiile cerute consultantului prin documentaţia de atribuire (ponderea cea mai mare ca importanţă fiind: "verifică conformitatea execuţiei lucrărilor cu prevederile contractului, proiectului tehnic, caietelor de sarcini, precum și ale reglementărilor tehnice în vigoare") sunt de fapt atribuţiile supervizorului stabilite prin prevederile HG nr. 1/..... şi sunt în conformitate cu art. 44, cap. B, alin. 1 din Ordinul nr. 1496/2011 pentru aprobarea Procedurii de autorizare a diriginţilor de şantier.

Astfel, în exercitarea verificării realizării corecte a executării lucrărilor de construcţii, diriginţii de şantier au următoarele obligaţii şi răspunderi:

B. în perioada execuţiei lucrărilor:

1. urmăresc realizarea construcţiei în conformitate cu prevederile autorizaţiei de construire, ale proiectelor, caietelor de sarcini şi ale reglementărilor tehnice în vigoare; (dirigintele de şantier fiind în structura Supervizorului), aceasta generând următoarele consecinţe:

• apariţia dublei finanţări pentru aceleaşi servicii, fapt ce ar genera sancţionarea de către finanţator a beneficiarului contractului de finanţare şi transformarea acestor cheltuieli eligibile în cheltuieli neeligibile.

• Reducerea cantităţii obiectului contractului de consultanţă implicând, automat, şi reducerea preţului acestuia, ceea ce încalcă prevederile legale, întrucât, în documentaţia de atribuire nu s-a prevăzut posibilitatea ajustării preţului contractului (conform secţiunii 11.4.1 din Fişa de date a achiziţiei), iar potrivit art. 28, alin. (7) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, aprobate prin HG nr. 395/2016.

Considerând că, pe parcursul derulării procedurii de atribuire, a depus toate diligențele pentru promovarea concurenței între operatorii economici, cu aplicarea unui tratament egal și nediscriminatoriu ofertanților, în vederea asigurării transparenței procesului de achiziție publică și utilizării eficiente a fondurilor publice, solicită respingerea contestaţiei formulate de SC ..... SRL, ca neîntemeiată, pentru motivele de fapt şi de drept arătate în cuprinsul acestui punct de vedere şi menţinerea în totalitate a actelor contestate.

Prin adresa nr. 123/20.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 15954/20.04....., contestatoarea a transmis concluzii scrise, ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante, reiterând cele susținute în contestație cu privire la motivele neîntemeiate de anulare a procedurii.

Amintind nota de fundamentare la HG nr. 1/....., contestatoarea arată că scopul acesteia este de utilizare a unor forme standardizate de contract, cunoscute şi acceptate atât de antreprenori, cât şi de beneficiari, care să contribuie la scăderea semnificativă a costurilor asociate pregătirii, negocierii şi gestionării contractelor, cât şi a riscurilor ulterioare în implementare. Acest obiectiv urmărit nu are nici o legătură cu interpretarea autorității contractante din consecinţele pe care le produce HG nr. 1/..... asupra desfăşurării achiziţiei, cu consecinţe directe asupra atribuirii contractului de consultanţă.

Schimbările preconizate de legiuitor prin apariţia HG nr. 1/..... vin în totală contradicţie cu consecinţele pe care le antamează, ilegal, autoritatea contractantă în actele procedurii întocmite (raport, comunicare, etc.). Astfel, conform notei de fundamentare, rezultă în principal că aceste schimbări se referă la utilizarea unui singur set de condiţii contractuale care prezintă avantaje certe în cazul implementării unor proiecte complexe care cuprind mai multe contracte de lucrări.

În contextul implementării Programelor Operaţionale pentru care MDRAPFE este autoritate de management, în cadrul cărora se finanţează lucrări de infrastructură, respectiv Programul Operaţional Infrastructura Mare şi Programul Operaţional Regional, în mod repetat, reprezentanții beneficiarilor, constructorilor, consultanţilor și a asociaţiilor profesionale cu reprezentativitate naţională și internațională au solicitat extinderea utilizării unor condiţii de contract standardizate. În special, în cazul investiţiilor semnificative, având în vedere faptul că acestea conţin cele mai bune practici la nivel internaţional şi cele mai bune modele de împărţire a riscurilor pentru obţinerea celor mai mici costuri pe proiect, pe termen lung.

Principalele aspecte vizate de condiţiile generale pentru execuţia de lucrări, respectiv pentru proiectarea și execuţia de lucrări, sunt:

i. Rolul Supervizorului

Un rol important în urmărirea activităţii Antreprenorului îl are Supervizorul. Acesta va avea în echipa sa diriginti de şantier atestaţi conform prevederilor legale în vigoare. Pentru ca proiectele să se desfăşoare conform condiţiilor contractuale şi a reglementărilor legale, Supervizorul va monitoriza progresul lucrărilor si conformitatea acestora, calitatea materialelor şi a echipamentelor folosite, precum si performanta echipei de execuţie. Supervizorul va supraveghea şantierul/şantierele prin intermediul diriginţilor atestaţi conform prevederilor legale, va efectua un control calitativ şi cantitativ regulat, în corelaţie cu structura programului de lucrări.Supervizorul va ţine sub control orice situaţie neprevăzută ce ar putea avea un impact negativ asupra bugetului, conformităţii şi/sau termenului de finalizare a lucrărilor care fac obiectul contractului.

În ceea ce priveşte susţinerile autorității contractante, din punctul de vedere, pentru anularea prezentei proceduri de atribuire, reprezentat de faptul că o parte din atribuţiile consultantului (ofertantului care va fi declarat câștigător), prevăzute în fișa de date, la Cap. II.2.1, vor fi în sarcina Supervizorului, contestatoarea susține netemeinicia lor, întrucât, în opinia sa, este imposibil să fie atribuită supervizorului (dirigintelui de şantier). După raţionamentul eronat al autorității contractante, că aceasta sarcină nu ar fi a consultantului ci a supervizorului, s-ar ajunge la situaţia în care supervizorul, care este constituit din echipa de diriginți de şantier, să supravegheze dirigintele de şantier.

Cele două tipuri de activități/sarcini, respectiv sarcinile supervizorului (dirigintelui/diriginţilor de şantier) nu sunt similare cu sarcinile consultantului/prestatorului din prezenta procedură, atribuțiile lor fiind complementare.

Or, atribuţiile de ordin tehnic, în special atribuţiile realizate de către expertul tehnic din cadrul echipei consultantului, nu sunt atribuţii similare cu cele ale supervizorului/ale dirigintelui de şantier, aşa cum în mod incorect se susţine în cadrul documentelor contestate, sunt atribuţii care pot fi în exclusivitate în sarcina diriginţilor de şantier, aşa cum pot fi şi sarcini în cadrul contractului care nu pot fi în sarcina acestora, nefiind competenţi în domeniul respectiv.

Având în vedere toate neregulile prezentate și argumentele expuse, contestatoarea solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Servicii de consultanță în implementarea proiectului Regiunea Nord-Est-Axa Rutieră Strategică 3: ..... – Bacău – Reabilitare și modernizare axa de transport Piatra ..... – Mărgineni – Făurei – Horia – Ion Creangă – Icușești – limita județul Bacău”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat anunțul de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ..... și a documentației de atribuire.

Nemulțumită de adresa nr. 5307/15.03....., reprezentând comunicare anulare procedură, SC ..... SRL a înaintat contestația de față, cu respectarea prevederilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (de notificarea prealabilă), solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată în partea introductivă a deciziei.

Potrivit adresei nr. 5307/15.03..... și raportului procedurii, autoritatea contractantă a luat decizia de anulare a procedurii, în baza art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât: „... o parte din atribuțiile consultantului prevăzute în fișa de date la Capitolul II.2.1) Cantitatea totală sau domeniul, respectiv: supervizarea activității dirigintelui de șantier contractat de CJN urmărind ca lucrările să fie realizate conform contractului, conform HG nr. 1/....., vor fi în sarcina supervizorului; aceste servicii vor face obiectul unei proceduri de atribuire prevăzute în calendarul activităților proiectului, respectiv achiziția de servicii de dirigenție de șantier, preconizată a se iniția începând cu luna aprilie a acestui an. Facem mențiunea că 98% din totalul contractului de finanțare este alocat contractului de lucrări. Pentru această componentă consultantul nu va avea atribuții întrucât atribuțiile privind urmărirea contractului de lucrări în conformitate cu HG nr. 1/..... sunt în totalitate ale supervizorului (...) sarcinile supervizorului au în acest moment un caracter obligatoriu și nu pot fi excluse din documentația de atribuire a

contractului de dirigenție de șantier, care urmează să fie atribuit ulterior, procedura nefiind încă lansată. În această situație, după atribuirea contractului de servicii de consultanță, beneficiarul ar trebui să elimine din acest contract sarcinile care aparțin exclusiv supervizorului (adică s-ar reduce cantitativ substanțial obiectul contractului) ceea ce ar însemna o modificare substanțială a contractului, care este contrară legislației privind achizițiile publice, așa cum reiese din prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016 (...) De asemenea, prin reducerea cantitativă a contractului de servicii de consultanță s-ar încălca prevederile art. 221 alin. (8) și (11) din Legea nr. 98/2016, întrucât s-ar aduce atingere naturii generale a contractului de achiziție publică (...) Reducerea cantității obiectului contractului implică automat și reducerea prețului acestuia, ceea ce încalcă prevederile legale, întrucât, în documentația de atribuire nu s-a prevăzut posibilitatea ajustării prețului contractului (...) Având în vedere cele arătate mai sus, în conformitate cu prevederile art. 13 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 3/2017 și încadrarea acestor modificări ca fiind substanțiale sau nesubstanțiale, autoritatea contractantă este obligată să deruleze o nouă procedură de atribuire (...) Pe de altă parte, pentru a se evita dubla finanțare pentru servicii similare, fapt ce ar genera sancționarea de către finanțator a beneficiarului contractului de finanțare și transformarea acestor cheltuieli eligibile în cheltuieli neeligibile, comisia de evaluare a decis anularea acestei proceduri, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, urmând a fi reluate procedurile de achiziții pentru serviciile de consultanță și supervizare în baza unor caiete de sarcini modificate în concordanță cu actele normative în vigoare (...)”.

Totodată, Consiliul are în vedere următoarele:

- denumirea contractului prevăzut la cap. II.1.1) din fișa de date a achiziției: „Servicii de consultanță în implementarea proiectului Regiunea Nord-Est-Axa Rutieră Strategică 3: ..... – Bacău – Reabilitare și modernizare axa de transport Piatra ..... – Mărgineni – Făurei – Horia – Ion Creangă – Icusești – limita județul Bacău”;

- obiectul contractului prevăzut la cap. II.2.1) din fișa de date a achiziției: „obiectul contractului îl constituie prestarea de servicii de consultanță în implementarea proiectului, în conformitate cu prevederile din contractul de finanțare, prin activități de management de proiect, respectiv: supervizarea activității echipei de implementare a proiectului, urmărind să fie respectate prevederile contractului de finanțare; supervizarea activității dirigintelui de șantier contractat de CJN, urmărind ca lucrările să fie realizate conform contractului; supervizarea modului de derulare a tuturor contractelor de achiziție publică încheiate și derulate în cadrul proiectului”;

- cap. III.1.2) Principalele modalități de finanțare: alte surse: finanțare în cadrul POR 2014-2020 – contract de finanțare semnat în data de 09.11.2017;

- cerințe ale caietului de sarcini, obligațiile consultantului: „urmărirea calendarului de activități și transmiterea către unitatea de implementare de informații periodice asupra stadiului realizării acestora și a potențialelor riscuri; în corelare cu activitatea dirigintelui de șantier și împreună cu responsabilul tehnic al EIP-verificarea periodică (lunar) pe teren (la amplasamentul investiției) a stadiului de execuție a lucrărilor și încadrarea în termen a lucrărilor de construcție comparativ cu datele preconizate în graficul de execuție ...; verificarea situațiilor de lucrări înaintate de constructor și avizate de dirigintele de șantier atestat, pe durata lucrărilor de construcții, alături de responsabilul tehnic al EIP; verificarea centralizatoarelor situațiilor de lucrări înaintate de constructor și avizate de dirigintele de șantier atestat, pe durata execuției lucrărilor, alături de responsabilul tehnic al EIP ...”;

- contractul de finanțare nr. 705/09.11.2017 încheiat între Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene – în calitate de AM, Organismul Intermediar Agenția pentru Dezvoltare Regională Nord-Est și parteneriatul dintre ..... și Municipiul Piatra ..... și comuna Dumbrava Roșie, comuna Făurei, comuna Horia, comuna Trifești, comuna Săvinești, comuna Icusești, comuna Dochia, comuna Secuieni, comuna Ion Creangă și comuna Mărgineni, în valoarea totală de 144.772.186,71 lei;

- strategia de contractare nr. 23041/28.11.2017 pentru prezenta procedură;

- dispoziții ale HG nr. 1/.....: Clauza 5 Supervizorul şi reprezentantul Supervizorului: „... (e) verifică ritmul execuţiei Lucrărilor; ... (h) participă la efectuarea testelor şi la verificarea lucrărilor ajunse în faze determinante; (i) măsoară cantităţile de lucrări real executate; ... (l) emite Certificate de Plată în conformitate cu prevederile Contractului”; Clauza 50.3. Certificatul de Plată: „Supervizorul va verifica Situaţiile de Lucrări transmise de către Antreprenor şi, în termen de 30 de zile de la primirea Situaţiei de Lucrări, va emite un Certificat de Plată către Beneficiar, cu o copie transmisă Antreprenorului ...”.

În aceste condiții, constatând, în etapa de reevaluare, faptul că elaborarea defectuoasă a documentației de atribuire a creat premise evidente de încălcare a dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora, „Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire”, autoritatea contractantă a reținut că se află în

ipoteza reglementată de art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a decis anularea procedurii.

Or, justificarea deciziei de anulare a procedurii constă în faptul că autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, întrucât documentaţia de atribuire nu mai poate fi modificată ulterior depunerii ofertelor.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat şi întocmit documentaţia de atribuire, Consiliul constată că este anterior publicării în Monitorul Oficial a HG nr. 1/..... (luna ianuarie .....), întrucât momentul pregătirii acesteia și încheierii contractului de finanțare este luna noiembrie 2017, iar publicarea în SEAP este luna decembrie 2017.

În aceste condiții, documentația de atribuire a cuprins informații suplimentare legate de activitatea consultantului, informații ce ar trebui să se regăsească într-o altă procedură obligatorie, privind activitatea supervizorului (conform HG nr. 1/.....). Prin urmare, constatând această situație, autoritatea contractantă a hotărât că procedura nu mai poate fi continuată, deoarece modificarea documentaţiei de atribuire, după depunerea ofertelor, nu este permisă de legislaţia din domeniul achiziţiilor publice.

În concluzie, procedura nemaiputând fi „salvată”, autoritatea contractantă făcând aplicarea prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care prevăd: „**(1)** Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: **c)** dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului; **(2)** În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înţelege situaţia în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)” a anulat procedura.

Or, încălcarea dispoziţiilor legale evocate afectează iremediabil procedura de atribuire, modificarea documentaţiei de atribuire, cu luarea în considerare a dispozițiilor HG nr. 1/....., nemaifiind posibilă după depunerea ofertelor, modalitatea în care a înţeles autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire a contractului nu se situează în afara prevederilor legale, motivul invocat fiind întemeiat.

Astfel, maniera în care a procedat autoritatea contractantă este legală, în raport de dispoziţiile art. 212 din Legea nr. 98/2016 şi de natură să nu încalce drepturile recunoscute de acelaşi act normativ în beneficiul ofertanților, Consiliul reţinând faptul că, în speţă, aceasta a făcut dovada

existenţei unei proceduri viciate, ce a compromis procesul de evaluare a ofertelor depuse.

Constatând, în timpul derulării etapei de reevaluare a ofertelor, că documentația de atribuire, în speță, caietul de sarcini conține solicitări suplimentare, din punct de vedere tehnic, față de necesitățile sale, fiind culpa ei, autoritatea contractantă a dispus, pe baza principiului asumării răspunderii, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, măsura anulării procedurii, în condițiile în care există argumente concrete care conduc la imposibilitatea de a se efectua măsuri corective astfel încât să fie respectate principiile statuate de actul normativ invocat.

De altfel, sintagma *„pe parcursul procedurii de atribuire*”, din enunțul art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, citat anterior, nu indică un anumit moment în care autoritatea contractantă este obligată să decidă anularea procedurii de atribuire. Prin urmare, atunci când autoritatea a descoperit că există anumite inadvertențe/încălcări ale prevederilor legale care afectează procedura, astfel încât contractul de achiziție publică nu mai poate fi încheiat și dus la bun sfârșit, se poate prevala de norma legală de mai sus.

Prin urmare, Consiliul consideră că, în mod corect, autoritatea contractantă a concluzionat că parte importantă din atribuțiile consultantului, prevăzute în cadrul documentației de atribuire aferente prezentei proceduri, coincid cu atribuțiile supervizorului, stabilite prin HG nr. 1/....., pentru procedura care urmează a fi demarată, în baza contractului de finanțare încheiat.

În aceste condiții, reducerea cantității obiectului contractului de consultanță ar implica, automat, și reducerea valorii estimate (prețului), iar autoritatea contractantă, prin anulare, s-a asigurat împotriva sancționării de către finanțator pentru transformarea acestor cheltuieli din eligibile în cheltuieli neeligibile.

Privitor la acest aspect, Consiliul are în vedere practica instanţelor judecătoreşti, cu titlu de exemplu Decizia civilă nr. 4531 din 18 iunie 2015, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal și- Decizia nr. 1470 din 5 martie 2012, Curtea de Apel Craiova, Secţia contencios administrativ şi fiscal, din care rezultă că autoritatea contractantă are opțiunea de a-și anula un act sau chiar întreaga procedură și din oficiu, în ipoteza în care constată că a încălcat prevederile legale în cursul derulării procedurii, fiind direct răspunzătoare de aplicarea principiului legalității cu ocazia derulării procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică și este ținută de obligația de asumare a răspunderii pentru legala desfășurare a acestei proceduri.

Totodată, în jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții

publice impun definirea clară, în prealabil, a condițiilor de fond și de procedură, în special, a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poată cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților (a se vedea în acest sens Hotărârea din 9 februarie 2006, La Cascina și alții,

C-226/04 și C-228/04, EU:C:2006:94, punctul 32).

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., și menține decizia de anulare a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din acelaşi act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., și menține decizia de anulare a procedurii.

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

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

….