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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC cu nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. …., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva măsurii anulării procedurii, comunicată prin adresa nr. ../14.02....., emisă de ORAȘUL .., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Construire Cămin Cultural în Localitatea .., Oraș ....., Județul .....”, cod CPV 45210000-2 - Lucrări de construcții de clădiri (Rev.2), s-a solicitat revocarea adresei de comunicare a deciziei de anulare a procedurii, transmisă contestatoarei prin adresa nr. 1868/14.02....., revocarea deciziei de anulare a procedurii nr. 1820/13.02..... și a actelor subsecvente, suspendarea procedurii până la soluționarea prezentei contestații și continuarea procedurii în conformitate cu decizia adoptată de Consiliu.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulteriare, să soluționeze contestația formulată în cauză, prin care s-au solicitat cele indicate în partea introductivă.

Sunt aduse critici deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, justificat de faptul că, în speță, nu sunt

incidente prevederile legale care permit adoptarea acestei măsuri, iar motivele autorității contractante, care au fost avute în vedere la adoptarea acestei decizii, nu pot fi reținute în condițiile în care perioada de evaluare a ofertelor a fost stabilită de legiuitor la 20 de zile, iar în cazul modificării situației bugetului autorității există posibilitatea adoptării unor altfel de măsuri de remediere (suspendarea procedurii, relocarea de fonduri, etc.).

Subliniază că măsura anulării procedurii nu este legală, în condițiile în care s-au respectat prevederile HG nr. 395/2016, inclusiv cele referitoare la alocația bugetară.

Susține că nu poate fi reținută afirmația autorității contractante, potrivit căreia s-a ajuns în situația anulării procedurii, din cauza volumului mare de informații, care nu au putut fi evaluate în termenul legal impus de legiuitor pentru această etapă, iar în susținere citează prevederile art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere prin adresa nr. 2699/05.03....., înregistrat la Consiliu sub nr. ../06.03....., prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Subliniază că se impune respingerea contestației, pe considerentul că a făcut numeroase solicitări și demersuri către MDRAPFE - Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene pentru obținerea finanțării prin PNDL II - Programul Național de Dezvoltare Locală II în baza OUG nr. 28/2013, OMDRAP nr. 1851/2013 și că nu s-a obținut finanțare pentru realizarea acestui obiectiv de investiție.

Totodată, arată că a transmis cereri de includere în programul de finanțare în 27.03.2017, în 05.05.2017 și în 16.10.2017 către .. cu speranța obținerii finanțării până la finalizarea procedurii de achiziție, lucru care nu s-a concretizat, astfel obiectivul de investiție nu a obținut finanțare în anul 2017.

Având în vedere că în anul ..... nu se preconizează lansarea unei noi sesiuni de finanțare prin PNDL, prin urmare, arată că obiectivul de investiție mai sus menționat nu va beneficia de nicio finanțare nerambursabilă prin acest program. Neavând nicio sursă de finanțare nerambursabilă, autoritatea contractantă menționează că nu poate susține din bugetul local cheltuielile necesare realizării acestui obiectiv de investiții.

Totodată, modificările legislative din Codul Fiscal, Legea cadru a salarizării și alte acte normative, au dus la diminuarea bugetului pe anul ..... al autorității contractante, iar prin Hotărârea Consiliului Local nr. 211/22.12.2017, privind stabilirea impozitelor și taxelor locale pentru anul ....., nivelul taxelor s-a păstrat la cel aferent anului 2017, astfel diminuarea bugetului nu poate fi compensată din taxele și impozitele locale aferente anului .....

Subliniază că a solicitat proiectantului redimensionarea construcției și, implicit, revizuirea indicatorilor tehnico-economici, astfel

încât valoarea estimată a obiectivul de investiție să fie mult mai redus, cu consecința demarării ulterioare a demersurilor obținerii fondurilor necesare.

Decizia de anulare a procedurii s-a luat din motive obiective, respectiv lipsa fondurilor necesare derulării proiectului, cu incidența în speță a prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 13034/30.03....., autoritatea contractantă a transmis, urmare a solicitării Consiliului, documente din care rezultă bugetele aprobate ale instituției, aferente anilor 2017 și ....., precum și indicatorii tehnico-economici aprobați pentru investiția care face obiectul prezentei proceduri.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, au fost transmise o notă justificativă și o serie de documente, care justifică, în opinia autorității contractante, constrângerea de natură bugetară care ar determina imposibilitatea finalizării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Construire Cămin Cultural în Localitatea .., Oraș ....., Județul .....", cod CPV 45210000-2 - Lucrări de construcții de clădiri (Rev.2), ORAȘUL ....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, într-o singură etapă, online, conform anunțului de participare simplificat nr. ...../....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 12.10.2017, ora 15.00. Valoarea estimată a contractului este de 3.119.395,05 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

Capătul de cerere privind suspendarea a fost respins, ca lipsit de obiect, prin Încheierea nr. 130/...../...../01.03.....

Analizând criticile din cadrul contestației formulată de SC ..... SRL, adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1868/14.02....., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de faptul că autoritatea contractantă a luat decizia de a anula procedura de atribuire a contractului mai sus menționat în temeiul art. 211 lit. b), art. 212 alin. (1) lit. c) și art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu există resurse financiare și este imposibilă încheierea contractului de achiziție publică. A fost atașată Decizia de anulare a procedurii nr. ../13.02.....

Consiliul constată că, în preambulul deciziei de anulare nr. ../13.02....., sunt invocate următoarele: „având în vedere adresa nr. 1534/06.02..... formulată de către ordonatorul principal de credite, dl. .., primar al Orașului ....., transmisă către Comisia de Evaluare Oferte, prin care se justifică anularea procedurii menționate mai sus, adresa nr. 1731/12.02..... formulată de Șef serviciu

financiar-contabil d-na .. și adresa nr. R1665/12.02..... formulată de Secretarul Orașului dl. ..".

Verificând conținutul celor trei acte invocate în preambulul deciziei de anulare nr. 1820/13.02....., Consiliul va reține următoarele aspecte:

- prin adresa nr. 1534/06.02..... (emisă la o distanță de aproximativ 4,5 luni de la inițierea procedurii de atribuire prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. ...../..... și aproximativ 4 luni de activitate a comisiei de evaluare, respectiv de la data vizualizării ofertelor depuse în SEAP conform procesului verbal nr. ../13.10.2017), primarul orașului ..... a transmis comisiei de evaluare că analizând proiectul de buget pe anul ..... și previziunile financiare, în calitate de ordonator principal de credite, am constatat că nu vom avea acoperire la toate proiectele propuse pentru a fi finanțate în ....., motivat de faptul că:

- MDRAP nu a acordat finanțare obiectivului „Construire cămin cultural în localitatea .., oraș ....., județul .....", ci doar pentru proiectul „Modernizare străzi Orașul ....., LOT 1";
- nu a obținut finanțare de la Consiliul Județean;
- prin modificarea Codului Fiscal și prin votarea Legii Bugetului de Stat din ....., autoritatea contractantă a pierdut importante sume de bani;
- prin Hotărârea Consiliului Local nu s-au mărit taxele și impozitele locale;
- există credite bancare și către Ministerul de Finanțe,

precizând în final că *am solicitat proiectantului SC .. SRL reanalizarea și revizuirea proiectului urmând ca după aceea să-l prezint din nou Consiliului Local spre aprobare și să întreprind demersurile către Ministerul dezvoltării Regionale și Adminitrației Publice pentru a finanța acest proiect*;

- prin adresa nr. ../12.02....., serviciul financiar-contabil a răspuns comisiei de evaluare (având în vedere adresa acesteia nr. 1659/08.02.....), astfel:

- nu există nicio finanțare cu privire la obiectivul „ Construire cămin cultural în localitatea .., oraș ....., județul .....";

- în Proiectul de Buget pentru anul ..... nu sunt prevăzute sume suficiente pentru a acoperi acest obiectiv;

- prin modificările introduse de Noul Cod Fiscal în vigoare de la 01.01....., conform art. 465, veniturile provenite din impozite locale vor înregistra o scădere față de anul 2017;

- precizăm faptul că în anul curent este prevăzută o creștere a cheltuielilor datorită majorării salariilor personalului din cadrul Primăriei ..... precum și a cheltuielilor curente, ba mai mult, necesitatea achitării împrumuturilor pe care le-am contractat ne obligă să fim mai raționali în gestionarea resurselor financiare de care dispunem,

- prin adresa nr. R1665/12.02....., secretarul UAT a comunicat comisiei de evaluare că temeiul legal pentru anularea procedurii de atrbuire pentru obiectivul în discuție este art. 211 lit.) coroborat cu art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, Consiliul reține, că prin adresa nr. 1659/08.02....., comisia de evaluare a cerut serviciului financiar-contabil din cadrul autorității contractante următoarele informații: „având în vedere adresa nr. 1534/06.02..... formulată de ordonatorul principal de credite, dl. …, primar al orașului ....., transmisă către comisia de evaluare oferte, prin care solicită anularea procedurii de atribuire, vă rugăm să ne transmiteți documente justificative, din care să reiasă că în prezent nu există acoperire financiară pentru susținerea și derularea contractului (...)";

Ulterior acestor demersuri, comisia de evaluare a emis decizia de anulare nr. …/13.02....., în preambulul căreia a invocat cele trei acte primite de la primar, serviciul financiar contabil și secretarul orașului.

De subliniat este faptul că, prin Hotărârea nr. .. din 31.03.2017 a Consiliului Local, s-au aprobat indicatorii tehnico-economici pentru obiectivul de investiții Construire cămin cultural în localitatea .., oraș ....., județul .....

Având în vedere că, potrivit înscrisurilor de mai sus, motivele de anulare constau în lipsa sursei de finanțare cauzată de scăderea veniturilor din impozite locale și creșterea cheltuielilor cu personalul datorită majorării salariilor personalului și a cheltuielilor curente, Consiliul va reține că potrivit fișei de date a achiziției, cap. II.3 *durata contractului* este de 12 luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor.

Potrivit art. 9 din HG nr. 395/2016 *„(1) Etapa de planificare/* ***pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților*** *și elaborarea referatelor de necesitate și se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorității contractante/ unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă.*

(2) ***Strategia de contractare este un document al fiecărei achiziții*** *cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice stabilite la art. 7 alin. (5) din Lege, inițiată de autoritatea contractantă și* ***este obiect de evaluare a ANAP, în condițiile stabilite la art. 23, odată cu documentația de atribuire****, referitor la aspectele prevăzute la alin. (3) lit. b) și f).*

(3) ***Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu****:*

a) ***relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului,*** *pe de o parte, și* ***resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte****;*

b) procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului de achiziție publică asociate, dacă este cazul;

c) tipul de contract propus și modalitatea de implementare a acestuia;

d) mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale;

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum și orice alte elemente legate de obținerea de beneficii pentru autoritatea contractantă și/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administrației publice în care activează autoritatea contractantă;

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;

g) obiectivul din strategia locală/regională/națională de dezvoltare la a cărui realizare contribuie contractul/acordul- cadru respectiv, dacă este cazul;

h) orice alte elemente relevante pentru îndeplinirea necesităților autorității contractante"

Așadar, leguitorul vorbește despre o corelare a obiectului contractului cu resursele disponibile.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă și-a identificat modalitățile de finanțare a contractului de lucrări, din „*fonduri proprii – bugetul local, bugetul de stat*", astfel cum rezultă strategia de contractare și din anunțul de participare simplificat antemenționat pct. III.1.2.

În soluționare, Consiliul nu va lua în considerare susținerile autorității contractante, din cuprinsul punctului de vedere, privind demersurile repetate la Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene pentru obținerea de finanțare nerambursabilă prin PNDL, având în vedere următoarele aspecte:

- nici în cuprinsul strategiei de atribuire și nici în fișa de date, autoritatea contractantă nu a condiționat încheierea contractului de obținerea vreunei finanțări nerambursabile;

- demersurile autorității contractante la MDR..P, prin adresele nr. 44813/27.03.2017 și nr. 4237/05.05.2017 au fost anterioare inițierii prezentei proceduri de atribuire, situație în care aceasta și-a asumat în deplină cunoștință de cauză să finanțeze contractul fără vreo finanțare nerambursabilă;

- în strategia de contractare, autoritatea contractantă nu a identificat vreun risc de nefinanțare al contractului ci, doar, la capitolul 5.2 punctul 4, *„plata cu întârziere a facturilor, amânarea plăților pentru a fi revizuite prețurile în scopul creșterii valorii contractelor*”, pentru eliminarea acestui risc, autoritatea contractantă propunând în strategie *„responsabilizarea departamentului contabil în scopul respectării termenelor de plată stipulate în contract*”.

Potrivit art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, pentru motivele expres și limitativ prevăzute de lege, printre acestea neregăsindu-se motivul „prin modificările introduse de Noul Cod Fiscal în vigoare de la 01.01....., conform art. 465, veniturile provenite din impozite locale vor înregistra o scădere față de anul 2017” și nici cel aferent „majorării salariilor personalului din cadrul Primăriei ..... precum și a cheltuielilor curente”.

Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că atunci când se hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere, atât încadrarea contractului în bugetul său, cât și stabilirea unor cerințe care să corespundă necesităților sale și care să nu restrângă concurența. În măsura în care a decis să poată asigura lucrările de construire a căminului cultural și a publicat anunțul de participare simplificat, nu mai este permis ca, prin propria voință, să realizeze alte priorități (cum ar fi cele invocate de primar în adresa nr. 1534/06.02..... și de serviciul financiar-contabil în adresa nr. 1731/12.02..... – majorarea salariilor, plata ratelor la împrumuturile contractate), chiar dacă sunt justificate, și să revină astfel la decizia adoptată inițial privind construirea căminului ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă în cauză să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe, în principal, că, atunci când hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere încadrarea contractului în bugetul său și a necesităților sale, ceea ce implică identificarea sursei de finanțare. Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

Nu lipsit de importanță este faptul că, potrivit documentelor existente la dosarul cauzei, ultimul document întocmit de comisia de

evaluare este procesul – verbal intermediar de evaluare nr. 2, datat 21.11.2017 și întocmit cu ocazia analizei ofertelor tehnice celor trei ofertanți, iar de la raportul de specialitate 2, întocmit de către expertul cooptat la data de 11.01....., urmare a analizei răspunsurilor la solicitările de clarificări și până la data deciziei de anulare (13.02.....) nu a mai fost emis niciun document.

Tergiversarea procedurii de atribuire până după încheierea exercițiului financiar pe anul 2017, nu poate constitui un motiv pertinent de a sancționa, cu anularea întregii procedurii, ofertanții, care au depus oferte în prezenta procedură de atribuire.

În conformitate cu prevederile art. 41 din Legea nr. 273 /2006 *privind finanţele publice locale, cheltuielile pentru investiţii publice şi alte cheltuieli de investiţii finanţate din fonduri publice locale se cuprind în proiectele de buget, în baza programului de investiţii publice al fiecărei unităţi administrativ-teritoriale, întocmit de ordonatorii principali de credite, care se prezintă şi în secţiunea de dezvoltare, ca anexă la bugetul iniţial şi, respectiv, rectificat, şi se aprobă de autorităţile deliberative.*

Cheltuielile pentru investiția în cauză, fiind aprobate prin Hotărârea Consiliului Local nr. 39 din 31.03.2017, au fost incluse în bugetul anului 2017. În baza acestor documente (HCL și buget 2017 aprobat), autoritatea a inițiat procedura de atribuire contestată.

Fiind o procedură de atribuire în derulare, care are la bază o hotărâre de consiliu local privind investiția în cauză, unitatea administrativ teritorială avea obligația, în temeiul art. 41 din Legea 273/2006, să includă în bugetul anului ....., cheltuiala aferentă investiției.

În lipsa unei hotărâri de consiliu local care să infirme finanțarea acestei investiții, primarul, în calitatea sa de ordonator principal de credite, nu are dreptul de a se opune hotărârii de consiliu local din 31.03.2017, care trebuia respectată.

Față de aceste aspecte, Consiliul va reține incidența art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege*".

Această manieră de a proceda a autorității contractante, pe de o parte apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 212 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit adagiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp, înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale

procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, evaluarea ofertelor).

Conform art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă.

De la această regulă, actul normativ precitat instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se motivele invocate de autoritatea contractantă care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în speță.

Anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii. Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece actul normativ vorbește despre o imposibilitate. Desigur că această imposibilitate nu se poate datora creșterii cheltuielilor cu salariile, scăderii veniturilor la buget sau faptului că există rate de plătit la împrumuturile contractate.

Potrivit regulii de interpretare „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, autoritatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Pentru cele ce preced, Consiliul, va admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ORAȘUL ....., va anula decizia de anulare nr. ../13.02..... și actele subsecvente acesteia și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

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

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ORAȘUL .. și anulează decizia de anulare a procedurii nr. …/13.02..... și actele subsecvente acesteia și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire cu evaluarea ofertelor în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
.....	.....	.....