

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1/"21 martie 2023", înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45624/22.08.2023, depusă de ... SA, lider al asocierii ... SA - ... - ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, cu sediul în ..., având CUI RO...și număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de președinte al Consiliului de Administrație, privind licitația deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *Proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul: „ÎNFIINȚARE SISTEM DE CANALIZARE ȘI STAȚIE DE EPURARE APĂ UZATĂ ÎN ..., JUDEȚUL ...”,* cod CPV 45232411-6 Lucrări de construcții de canalizări de ape reziduale, de ..., cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea în tot a deciziei nr. 5584/11.08.2023 privind anularea procedurii de atribuire; anularea în tot a tuturor documentelor pe care se întemeiază decizia de anulare a procedurii și a documentelor emise în temeiul deciziei de anulare, exclusiv sub aspectul anulării procedurii, respectiv, în conexiune cu anularea procedurii; atribuirea contractului de achiziție publică asocierii desemnate câștigătoare.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 45624/22.08.2023, prin care ... SA, lider al asocierii ... SA - ... - ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, critică decizia de anulare a procedurii de atribuire, solicitând cele menționate în preambulul deciziei.

Contestatoarea apreciază nelegală și netemeinică decizia de anulare a procedurii.

Vizavi de absența unui răspuns din partea Ministerului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației ("MDLPA") cu privire la finanțarea obiectivului de investiții, arată că acest motiv invocat de către autoritatea contractantă este complet nejudicios raportat la prevederile

clare ale fișei de date, în sensul în care anularea poate interveni numai în corelație cu primirea unei notificări cu privire la neacordarea finanțării, și nu în orice condiții. Din informațiile puse la dispoziție și publicate în SEAP, nu există nicio notificare din partea MDLPA cu privire la neacordarea finanțării.

Dimpotrivă, verificând cea mai recentă versiune a listei obiectivelor de investiții aprobate la finanțare de către MDLPA, se poate observa că, nu numai că obiectivul în discuție a fost aprobat la finanțare de principiu, dar această aprobare a fost reconfirmată la data de la data de 27.06.2023 și suma inițial finanțată neschimbată.

În acest context, contestatoarea precizează că nu doar că era necesar ca decizia de anulare să fie însoțită de notificarea menționată în fișa de date, dar apare că decizia nu este susținută de realitatea factuală din prezent, după cum rezultă din sursele publice la acest moment, obiectivul de investiții fiind aprobat pentru finanțare încă de la data de 27.06.2023.

În acest sens, se impun câteva precizări legate de caracterul clauzei suspensive invocate prin decizia de anulare.

Astfel, condiția suspensivă nu conferă autorității contractante dreptul de a anula procedura de atribuire.

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

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

În susținerea celor menționate anterior, sunt invocate art. 1 alin. (1) și (2) din Directiva 2014/24/UE, precum și art. 212 din Legea nr. 98/2016.

Așadar, cum Consiliul și instanțele de judecată au reținut în numeroase ocazii, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, exclusiv pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege, printre acestea neregăsindu-se opțiunea anulării urmare a neîndeplinirii unei clauze suspensive.

Neîndeplinirea condiției suspensive nu poate ține de "aprecierea" autorității contractante, de acțiunea sau inacțiunea sa, ci de circumstanțe absolut obiective.

Contestatoarea susține că achizitoarea nu are opțiunea de a nu încheia contractul în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod ar fi adăugate obstacole

nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Se invocă hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle.

În urma lecturării deciziei de anulare ce face obiectul contestației, societatea contestatoarea critică faptul că exprimarea autorității contractante nu este numai generală și profund subiectivă, dar și contradictorie: "Având în vedere că până la data curentă nu este obținută finanțarea iar Autoritatea Contractantă nu are o dată estimată, Autoritatea Contractantă a luat decizia de a anula procedura de atribuire."

În opinia sa, având în vedere oricum caracterul absolut excepțional al inserării unei clauze suspensive într-o procedură de atribuire nefinanțată din fonduri europene, textul condiției inserate și asumate vizează numai împrejurarea imposibilității încheierii contractului exclusiv prin corelație cu neacordarea finanțării, și nu prin corelație cu neprimirea finanțării la un anumit moment.

Din modul în care este formulată decizia de anulare rezultă că însăși autoritatea contractantă nu exclude posibilitatea obținerii finanțării, fără a se exprima în sensul în care obiectivul de investiții a fost refuzat la finanțare. Chestiune ce ar fi fost, oricum, nereală, având în vedere că informațiile publice indică exact contrariul.

Se invocă jurisprudența Consiliului.

În altă ordine de idei, raportarea la simpla apreciere a autorității contractante dacă va interveni finanțarea sau nu, cu ignorarea unui element obiectiv, ce ține de un comportament cert într-un sens sau altul al MDLPA (i.e. o notificare, un document efectiv emis de terțul de care depinde condiția suspensivă) este nelegală, autoritatea contractantă încălcând propriile reguli prescrise în documentația de atribuire și supuse publicității.

Modul de aplicare a condiției inserate în fișa de date indică faptul că autoritatea contractantă a avut în vedere o condiție pur potestativă, în sensul art. 1406 Cod Civil, respectiv, o condiție a cărei îndeplinire depinde exclusiv de voința părții în favoarea căreia a fost edictată.

Contestatoarea arată că anularea procedurii pe motivul că "Autoritatea Contractantă nu are o dată estimată" reprezintă o circumstanță ce ține strict de aprecierea acesteia că lipsa unei date estimate ar face imposibilă încheierea contractului. Or, condiția suspensivă, pentru a avea efecte, trebuie să depindă exclusiv de o circumstanță și/sau de o entitate complet independentă/e de autoritatea contractantă, nu de modul în care opinează aceasta.

În altă ordine de idei, în subtextul exprimării achizitoare se înțelege că, dacă nu exista o dată estimată, dimpotrivă, finanțarea încă este o opțiune, singura incertitudine ținând de momentul la care autoritatea contractantă ar încheia contractul.

Vizavi de existența unor prevederi bugetare certe pentru obiectivul de investiții în discuție, contestatoarea adaugă că, întrucât contractul de

achiziție publică este un contract cu titlu oneros, existența și disponibilitatea fondurilor necesare pentru plata prețului reprezintă un element esențial al contractului. Așa cum greșit menționează achizitoarea prin decizia de anulare, aceasta nu numai că a avut prevederi bugetare pentru obiectivul de investiții ce face obiectul contractului în dispută, dar era obligată să includă în buget această cheltuială, cu certitudinea cuvenită, având în vedere că unicul scop al derulării unei achiziții constă din încheierea unui contract de achiziție publică. Anularea sa ține de circumstanțe absolut excepționale și care nu sunt nici determinate, nici prevăzute de către autoritatea contractantă. Chiar dacă prevederea condițională din cadrul fișei nu a fost contestată, aceasta nu poate fi interpretată în extenso nici de către autoritatea contractantă, ca pe un drept al acesteia de a anula procedura de atribuire în orice condiții de inconveniență și de a irosi astfel efortul și resursele atât ale operatorilor economici dar și ale sale, precum și de la a șubrezi circuitul achizițiilor publice, respectiv, încrederea în demersul de bună credință de a depune o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire.

Contractul nu este finanțat din fonduri europene. În ceea ce privește posibilitatea inițierii procedurilor de atribuire cu clauză suspensivă, aceasta este reglementată prin art. 12 din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, fiind condiționată la rândul său de mai multe aspecte, precum:

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

Or, contestatoarea subliniază că procedura de față nu este finanțată din fonduri europene, iar modalitatea în care este astfel concepută procedura de atribuire trebuie să nu condiționeze în mod arbitrar încheierea contractului. Nu numai că o clauză suspensivă în materia achizițiilor publice reprezintă o absolută excepție, a cărei aplicabilitate impune o analiza profundă pentru a nu fi alterate scopul și respectarea principiilor unionale în materia achizițiilor, dar aceasta este cu atât mai mult supusă unei atenții deosebite și unei sfere de aplicabilitate mult restrânsă cu cât nu este proprie contractelor ce nu sunt finanțate din fonduri europene.

Față de motivul expirării valabilității garanției de participare/ofertei, arată că ținea de diligența și obligația autorității contractante de a

solicita prelungirile necesare, mai ales că, atât garanția de participare, cât și durata valabilității ofertei sunt prevăzute de lege în scopul protecției autorității contractante.

Autoritatea contractantă a ignorat complet acest aspect încă din momentul 31.07.2023, când polița ofertantului câștigător a expirat deși, la acel moment, situația de fapt era aceeași - "lipsa unei date estimate", lipsa notificării privind neacordarea finanțării etc. Autoritatea contractantă a continuat să rămână în pasivitate față de aspectul expirării garanției și valabilității ofertei și la data de 20.07.2023, când ofertantul a înțeles să își manifeste în continuare interesul de a încheia contractul.

Contestatoarea susține că această cronologie indică faptul că autoritatea contractantă a creat o circumstanță artificială de anulare prin amânarea răspunsului (în lipsa oricărei notificări din partea ministerului, răspunsul privind decizia de anulare putând interveni oricând până la data de expirare a poliței și independent de extinderea valabilității garanției/ ofertei).

Se impunea solicitarea prelungirii poliței/ofertei, un astfel de comportament culpabil al autorității însăși neputând să se răsfrângă ca o sancțiune asupra ofertantului câștigător.

Sunt invocate prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016 și ale alin. (1) lit. k) din art. 224 din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea subliniază că expirarea valabilității poliței și ofertei prin neglijența autorității contractante nu reprezintă motive de anulare a procedurii.

Relevante sunt cele reținute de Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 976 din 11 septembrie 2017.

Atribuirea contractului de achiziție publică este etapa firească și legală pentru finalizarea procedurii de atribuire în acord deplin cu prevederile legale

Potrivit art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

Față de situația de fapt prezentată, apreciază că sunt întrunite toate condițiile pentru atribuirea contractului, cu consecința semnării acestuia.

În considerarea argumentelor prezentate, solicită Consiliului să admită în tot contestația sa și, pe cale de consecință, să dispună atribuirea/ încheierea contractului de achiziție publică.

Prin adresa nr. 5826/24.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 46565/25.08.2023, ... transmite punctul său de vedere prin care solicită

respingerea contestației formulate de către CONSTRUCȚII FERROVIARE SA, ca nefondată.

Achizitoarea menționează că, în urma finalizării procesului de evaluare, a fost emis și publicat în SEAP raportul procedurii nr. 3934/09.06.2023, iar în aceeași dată a fost transmisă prin cadrul platformei SEAP comunicarea finală către ofertantul înscris la procedură.

În data de 11.08.2023, a fost publicată în SEAP decizia de anulare a achiziției nr. 5584/11.08.2023.

Face precizarea că procedura a fost inițiată sub incidența următoarei clauze suspensive: Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare între ... și MDLPA (Programului Național de Investiții Anghel Saligny). În cazul în care diligentele autorității nu vor fi concretizate în obținerea contractului de finanțare (în consecință, finanțarea neputând fi asigurată), autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, după primirea notificării din partea MDLPA cu privire la neacordarea finanțării, fiind astfel imposibilă încheierea contractului de achiziție publică. Termen estimat estimat pentru obținerea finanțării raportat la momentul inițierii procedurii, respectiv de la publicarea anunțului de participare: 4 luni.

După cum se poate observa clauza suspensivă conține două teze (lucru pe care contestatoarea omite să îl precizeze în cadrul contestației sale). Una ar fi încheierea contractului de finanțare, lucru care nu s-a concretizat și o a doua teză termenul estimat pentru obținerea finanțării care a fost depășit.

Acest termen a fost inclus în clauza suspensivă tocmai ca aceasta să nu permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării).

Prin urmare, posibili ofertanți au fost înștiințați încă de la momentul publicării anunțului că procedura se desfășoară sub clauză suspensivă.

Autoritatea contractantă afirmă că, în momentul în care contestatoarea a decis participarea la licitație, și-a asumat riscul fie că e posibil ca finanțarea să nu fie obținută, fie termenul estimat de obținere a finanțării să se îplinească.

Prin urmare, având în vedere că termenul estimat menționat în cadrul clauzei suspensive a fost depășit, autoritatea contractantă arată că a decis anularea procedurii în baza dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, cum a fost motivat și menționat și în cadrul deciziei de anulare.

Solicită Consiliul să ia act că evaluarea ofertelor a fost finalizată, a fost declarat un câștigător, a fost transmisă comunicarea finală și publicat raportul procedurii. În ceea ce privește perioada de așteptare a

ofertantului declarat câștigător până la semnarea contractului de achiziție, precizează că legislația în domeniul achizițiilor publice nu prevede expres un termen maxim până la care este obligatorie semnarea contractului, fiind reglementată doar obligația de a nu crea circumstanțe artificiale pentru a amâna încheierea contractului. Tocmai în evitarea unei astfel de circumstanțe artificiale, autoritatea contractantă afirmă că a menționat în cadrul clauzei suspensive a unui termen estimat.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, consideră că se impune a se respinge ca nefondată contestația depusă de către ... SA.

Prin adresa datată 30.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 47633/31.08.2023, societatea contestatoare formulează și depune răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Precizează că autoritatea contractantă a menționat în documentația de atribuire că își rezerva dreptul de a aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, după primirea notificării din partea MDLPA cu privire la neacordarea finanțării, fiind astfel imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Or, nu se regăsește notificarea din partea MDLPA (ce ar fi servit drept justificare, în sensul art. 213 alin. 2 din Legea nr. 98/2016) și nici măcar vreo mențiune în acest sens în punctul de vedere.

Ca prevederea privitoare la clauza suspensivă să devină eficace, cu respectarea rigorilor impuse de legislația în materie, următoarele condiții cumulative trebuiau îndeplinite:

1. Să existe refuzul la finanțare - nu există, obiectivul a fost inclus în lista proiectelor aprobate la finanțare prin Ordin al ministrului.
2. Să se manifeste refuzul la finanțare prin existența unei notificări a MDLPA - nu există o astfel de notificare.
3. Să fie imposibilă încheierea contractului pentru motive absolut independente de autoritatea contractantă - încheierea contractului este nu numai posibilă, dar obligatorie și în acord cu prevederile legale imperative.

În sensul celor de mai sus, societatea contestatoare punctează următoarele:

1. Formularea autorității contractante din propria clauza califică termenul drept "estimat", deci incert.
2. Autoritatea contractantă însăși nu a înțeles să se raporteze la așa-zisul termen ca la un termen cert, aceasta înțelegând să anuleze procedura de atribuire la 2 luni de la o eventuală împlinire a termenului invocat.
3. Autoritatea contractantă nu a formulat decizia de anulare nr. 5584/11.08.2023 prin raportare la aceasta interpretare și nici prin raportare la o lipsă a aprobării finanțării, așa cum, pe de o parte, susține prin punctul de vedere (argumentația unui termen) și, pe de altă parte, cum prevedea ipoteza vizată de clauza suspensivă (refuzul finanțării).

Din toată economia textului prevederii fișei de date în discuție rezultă că, cel puțin la momentul publicării documentației de atribuire, singurul element suspensiv avut în vedere la încheierea contractului de achiziție publică a fost obținerea finanțării și nicidecum obținerea finanțării într-un anumit termen.

Contestatoarea afirmă că, dacă achizitoarea avea de gând să anuleze procedura după trecerea unui termen extinctiv de 4 luni, aceasta trebuia să exprime această chestiune de o altă manieră în documentația de atribuire și trebuia să procedeze la emiterea unei decizii de anulare la expirarea termenului și cu motivarea judicioasă în acest sens. Autoritatea se dezice complet de argumentația din propria decizie de anulare, ce menționa ca „[...] *diligentele autorității nu au fost concretizate în obținerea contractului de finanțare* [...]”. Or, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă nu își mai menține aceasta poziție, ci afirmă că motivul anulării ar fi incidența unui termen (fie acesta și estimat), deși prin decizia din 11.08.2023 (la 2 luni după „termenul estimat pentru obținerea finanțării” de 4 luni) aceasta precizează ca nu a obținut contractul de finanțare.

Contestatoarea apreciază că utilizarea acestui tertip argumentativ din partea autorității contractante (neasumat ca atare nici la momentul publicării documentației de atribuire, nici ulterior - emiterea deciziei de anulare la 6 luni de la data publicării anunțului de participare și în contra realității obținerii finanțării) constituie un exces de putere publică în sensul art. 2 din Legea nr. 554/2004 și o fraudă la lege.

Practic, prin interpretarea discreționară a unei prevederi din fișa de date, autoritatea contractantă se sustrage de la obligația imperativă de a încheia contractul de achiziție publică.

Contestatoarea susține că precizările legate de inexistența unui termen înăuntrul căruia să fie obligatorie încheierea contractului arată că autoritatea contractantă caută motive pentru a nu încheia contractul, nu motive pentru aplicarea singurului scop în derularea unei proceduri de atribuire, încheierea unui contract.

Aceasta consideră că anularea procedurii de atribuire a fost decisă cu nerespectarea prevederilor legale și ignorarea prevederilor documentației de atribuire din rea credință și în niciun caz având drept temei realitatea acestei proceduri.

Odată cu punctul de vedere, autoritatea contractantă a demonstrat că motivele anulării nu sunt deloc cele cuprinse în decizia de anulare, respectiv, cele legate de eșuarea diligențelor sale în obținerea contractului de finanțare. Autoritatea contractantă a înaintat o argumentație tardivă, neverosimilă și forțată, în încercarea de a atrage atenția de la problema de drept reală, respectiv, justetea anulării procedurii prin raportare la art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016, în strictă și limitativă corelare cu prevederile exprese și excepționale ale

documentației de atribuire și cu împrejurarea că obiectivul de investiții a fost aprobat la finanțare încă din iunie 2023.

În considerarea argumentelor din acest răspuns, precum și ale argumentelor prezentate pe larg în contestație, solicită Consiliului să admită în tot contestația sa, prin raportare la toate capetele de cerere, cum au fost acestea formulate.

Prin adresa nr. 5968/31.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 47985/01.09.2023, autoritatea contractantă a transmis, pe suport electronic, documentele necesare soluționării cauzei.

În data de 19.09.2023, contestatoarea a studiat dosarul cauzei la sediul Consiliului.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul: „ÎNFIINȚARE SISTEM DE CANALIZARE ȘI STAȚIE DE EPURARE APĂ UZATĂ ÎN ..., JUDEȚUL ...”,* cod CPV 45232411-6 Lucrări de construcții de canalizări de ape reziduale, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN.../19.02.2023, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită prin anunț pentru 31.03.2023, ora 15⁰⁰. Valoarea estimată a contractului este 35.271.639,25 lei, fără TVA.

Nemulțumită de decizia de anulare a procedurii, ... SA a înaintat contestația în analiză.

Contestatoarea a constituit cauțiunea, conform art. 61¹ lit. b) din Legea nr. 101/2016, în sumă de 705.450,00 lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209432536/1 eliberată de CEC BANK SA, Sucursala ..., la data de 23.08.2023.

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, prin raportul procedurii nr. 3934/09.06.2023, a fost desemnată câștigătoare oferta asocierii ... SA - ... - ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL. Rezultatul procedurii a fost comunicat asocierii cu adresa nr. 3935/ 09.06.2023.

Prin decizia nr. 5584/11.08.2023, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii, având în vedere că, până la data deciziei, nu a fost obținută finanțarea, iar autoritatea contractantă nu are o dată estimată. Totodată, s-a adăugat că, având în vedere contextul procedural, respectiv faptul că inițierea achiziției s-a efectuat sub influența clauzei suspensive "*autoritatea contractantă precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare între ... și MDLPA (Programul Național de Investiții Anghel Saligny). Termen estimat pentru obținerea finanțării raportat la momentul inițierii procedurii, respectiv de la publicarea anunțului de participare: 4 luni*". Se constată că nu este îndeplinită condiția suspensivă, respectiv, diligențele autorității nu au fost concretizate în obținerea contractului de finanțare, astfel că autoritatea contractantă este obligată să pună în aplicare prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în baza cărora anulează procedura de

atribuire a contractului de achiziție publică fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

S-a menționat că polița reprezentând garanția de participare a ofertantului câștigător și ofertele depuse nu mai sunt valabile la data deciziei.

A fost invocată încălcarea prevederilor art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2022 în cazul continuării procedurii și, de asemenea, au fost invocate ca fiind incidente dispozițiile art. 211 și 212 din Legea nr. 98/2016.

Analizând fișa de date a achiziției, Consiliul constată că procedura a fost inițiată sub incidența următoarei clauze suspensive:

Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare între ... și MDLPA (Programului Național de Investiții Anghel Saligny). În cazul în care diligențele autorității nu vor fi concretizate în obținerea contractului de finanțare (în consecință, finanțarea neputând fi asigurată), autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, **după primirea notificării din partea MDLPA cu privire la neacordarea finanțării, fiind astfel imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.** Termen estimat pentru obținerea finanțării raportat la momentul inițierii procedurii, respectiv de la publicarea anunțului de participare: 4 luni.

Potrivit art. 211 din Legea nr. 98/2016 Procedura de atribuire se finalizează prin:

a) încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru; sau

b) anularea procedurii de atribuire.

iar potrivit art. 212 alin. (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.

Se poate observa din analiza clauzei suspensive inserată în documentația de atribuire că autoritatea contractantă avea dreptul de a aplica dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din lege, **după primirea notificării din partea MDLPA cu privire la neacordarea finanțării, fiind astfel imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.**

Or, la dosarul cauzei, nu a fost depusă o astfel de notificare, nici în punctul de vedere asupra contestației nefiind invocat vreun document referitor la neacordarea finanțării.

Dimpotrivă, cum a susținut și contestatoarea, obiectivul se află în continuare pe lista de investiții aflată pe site-ul MDLPA (<https://www.mdlpa.ro/pages/anghelsaligny>).

Așadar, pe de o parte, nu se regăsește atașat deciziei de anulare notificarea cu privire la neacordarea finanțării, iar pe de altă parte, obiectivul de investiții încă se află pe lista ministerului.

În ceea ce privește termenul estimat pentru obținerea finanțării raportat la momentul inițierii procedurii, respectiv de la publicarea anunțului de participare: 4 luni, nu a fost depusă vreo dovadă că nu ar fi putut fi obținută finanțarea în cadrul termenului respectiv sau că, ulterior încheierii raportului procedurii de atribuire (09.06.2023) și stabilirii ofertei câștigătoare, s-ar fi refuzat de către MDLPAT finanțarea proiectului.

Potrivit art. 145 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.*

Autoritatea contractantă nu avea opțiunea încheierii sau nu a contractului, pe motiv că a avut inserată în documentația de atribuire o clauză suspensivă, ci doar posibilitatea de a anula procedura în situația în care i se refuza acordarea finanțării contractului, caz în care, în mod evident, era în imposibilitatea încheierii contractului.

În justificarea anulării procedurii, autoritatea contractantă a invocat faptul că, până la data de 11.08.2023, data deciziei nu este obținută finanțarea, iar "autoritatea nu are o dată estimată".

Or, aceste împrejurări descrise, în lipsa unor dovezi din care să rezulte refuzul finanțării proiectului nu se circumscriu dispozițiilor invocate. În referire la o așa-zisă "dată estimată" necesară nu se cunoaște ce dată a avut în vedere achizițtoarea și până la care ar fi făcut demersuri pentru obținerea finanțării. În plus, nu rezultă că ar fi fost împiedicată în vreun fel să obțină finanțarea în cadrul termenului estimat de 4 luni indicat în documentație sau, ulterior, până la data deciziei de anulare a procedurii.

În ceea ce privește inițierea procedurii sub clauză suspensivă, deși nu i-ar fi fost aplicabilă o astfel de posibilitate, cum a arătat însăși contestatoarea, nu mai poate fi adusă în discuție, ulterior comunicării rezultatului procedurii, documentația de atribuire consolidându-și forța obligatorie, nefiind contestată în termenul legal.

Prin raportare la cadrul juridic anterior fixat, din economia textelor legale invocate, rezultă că numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de achiziție în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, deoarece actul normativ vorbește de o imposibilitate.

Niciunul dintre argumentele autorității contractante nu constituie un motiv pentru anularea procedurii, câtă vreme nu a fost făcută vreo dovadă a refuzului din partea MDLPAT de a acorda finanțare pentru obiectivul de investiții prevăzut. Mai mult, nu poate fi considerat motiv de anulare a procedurii propria culpă a achizițtoarei de a nu întreprinde

demersuri pentru obținerea finanțării în cadrul termenului estimat. A aștepta expirarea unui termen estimativ de 4 luni, prevăzut în documentația de atribuire, pentru a putea invoca lipsa finanțării nu poate fi decât o circumstanță creată de achizitoare, nu *străină acesteia*, pentru a putea sta la baza anulării procedurii.

În concluzie, Consiliul consideră că aspectele invocate de autoritatea contractantă nu sunt în măsură să formeze concluzia necesității luării măsurii anulării procedurii.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (izvorâtă din lipsa de diligență de a asigura fondurile necesare derulării proiectului și a lipsei de diligență în încadrarea în anumite termenele limită) impusă participanților la procedură după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (elaborarea ofertelor, deschiderea și evaluarea ofertelor etc.).

Această viziune este împărtășită și de instanțele de judecată, în aceeași direcție fiind și Decizia nr. 927/01.03.2017 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în considerentele căreia instanța de judecată a reținut următoarele:

După cum rezultă cu evidență din conținutul textului art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță, încheierea contractului trebuie să fie imposibilă, nu doar neconvenabilă, dificilă, împovărătoare, excesiv de oneroasă sau chiar inutilă pentru autoritatea contractantă.

În lipsa oricărei circumstanțieri a imposibilității, va rezulta că imposibilitatea, așa cum rezultă și din sensul comun al termenului, trebuie să fie una obiectivă și absolută. Or, analizând aceste cerințe implicite ale textului legal, instanța reține că ele nu sunt îndeplinite în speță.

Analiza legalității măsurii de anulare a procedurii de atribuire nu impune doar o abordare strictă, prin raportare exhaustivă la textele de lege, ci trebuie avut în vedere și momentul și contextul în care măsura a intervenit, dacă este de natură a vătăma sau nu anumite categorii de interese, și dacă da, în ce măsură procedura de atribuire este viciată.

Totodată, Consiliul are în vedere că nu a fost depusă vreo dovadă a diligențelor depuse între data încheierii raportului procedurii (09.06.2023) și data anulării procedurii (11.08.2023), pentru obținerea finanțării, sau anterior acestor date.

În concluzie, Consiliul constată a fi întemeiate criticile formulate de contestatoare referitoare la nelegalitatea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, cu atât mai mult cu cât, nu rezultă, din documentele întocmite, că ar fi existat o imposibilitate obiectivă, respectiv refuzul MDLPAT de finanțare a investiției.

Referitor la expirarea valabilității garanției de participare a ofertantului câștigător, adusă în discuție în cadrul deciziei de anulare, se

reține că diligența pentru a avea oferte și garanții de participare valabile este în sarcina autorității contractante.

Potrivit art. 124 alin. (1) din normele metodologice Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.

(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.

(3) Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații.

Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă.

Dispozițiile legale stabilesc expres obligația autorității contractante de a solicita prelungirea valabilității garanției de participare și a ofertelor. Faptul că după două luni de la data încheierii raportului procedurii, achizitoarea decide anularea procedurii întrucât nu a obținut finanțarea, nu înseamnă că poate invoca drept motiv de anulare a procedurii propria ei stare de pasivitate constând în a nu depune toate diligențele pentru a obține de la ofertanții participanți garanții de participare și oferte valabile.

Cum s-a arătat mai sus, autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului pentru a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

În considerarea celor prezentate, constatând a fi întemeiate criticile contestatoarei, Consiliul va admite, în parte, contestația ... SA, lider al asocierii ... SA - ... - ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, și va anula decizia de anulare a procedurii nr. 5584/ 11.08.2023. Va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii prin efectuarea demersurilor necesare obținerii finanțării obiectivului de investiții, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, și finalizarea procedurii în raport de rezultatul demersurilor întreprinse.

Capătul de cerere privind atribuirea contractului asocierii desemnate câștigătoare va fi respins, ca nefondat, dat fiind că nu sunt întrunite condițiile prevăzute de dispozițiile art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației. Potrivit celor de mai sus, achizitoarea trebuie să inițieze demersuri pentru obținerea finanțării investiției, prin urmare, la momentul pronunțării deciziei, nu poate fi dispusă atribuirea contractului către asocierea desemnată câștigătoare.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de ... SA, lider al asocierii ... SA - ... - ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, în contradictoriu cu ..., și anulează decizia de anulare a procedurii nr. 5584/11.08.2023. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii prin efectuarea demersurilor necesare obținerii finanțării obiectivului de investiții, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, și finalizarea procedurii în raport de rezultatul demersurilor întreprinse.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind atribuirea contractului de achiziție către asociera amintită.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...