

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. ...

Prin contestația nr.104/03.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr.28924/04.06.2021, formulată de ... S.A., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având cod fiscal ... reprezentata legal prin director general ..., împotriva deciziei de anulare a procedurii de atribuire nr.9601/27.05.2021, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului având ca obiect **„Furnizarea produselor constând în achiziționarea a două pontoane de acostare a ambarcațiunilor în cadrul Proiectului „Achiziționare ponton acostare ambarcațiuni în ...”**, s-au solicitat următoarele: anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire nr.9601/27.05.2021 și a raportului procedurii încheiat în urma emiterii deciziei de anulare; obligarea autorității contractante la reevaluarea propunerii tehnice și financiare depuse de ... S.A., din etapa finală a verificării îndeplinirii capacității tehnice și profesionale asumate în cadrul documentelor suport DUAЕ; în temeiul art.26 alin.10 din Legea nr.101/2016, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei în sensul desemnării ... SA drept ofertant câștigător și atribuirea contractului de furnizare către ofertantul câștigător, față de împrejurarea că ulterior evaluării tehnice și financiare oferta sa a fost clasată pe primul loc, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art.26 alin.9 din Legea nr.101/2016.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ... S.A. critică decizia de anulare a procedurii de atribuire nr.9601/27.05.2021, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire susreferită, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... S.A. prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că autoritatea contractantă a evaluat oferta tehnică a societății sale, a solicitat clarificările necesare și a trecut la analiza propunerii financiare, ulterior solicitând depunerea documentelor suport DUAЕ, fapt ce confirmă, în opinia sa, că propunerile tehnice și financiare sunt conforme, societatea sa fiind clasată pe primul loc în clasamentul ofertanților.

Deși a transmis toate documentele suport DUAЕ, nefiind formulate niciun fel de obiecțiuni în acest sens, contestatorul arată că, în data de 27.05.2021, autoritatea contractantă a transmis decizia de anulare a procedurii, motivată formal pe prevederile art.212 alin.1 lit.c, coroborat cu art.212 alin.2 din Legea nr.98/2016, fără a fi citate dispozițiile legale pretins a fi fost încălcate în cadrul procedurii de atribuire.

Contestatorul prezintă motivele de fapt avute în vedere la anularea procedurii, susținând că procedura de atribuire a fost anulată într-o manieră vădit nelegală, fără existența vreunui minim temei de anulare a procedurii de atribuire, printr-o conduită ce creionează chiar premisele existenței unei "*cauze artificiale de anulare a procedurii de atribuire*", și anume:

1. Autoritatea contractantă nu a menționat prevederea legală ce a fost încălcată în cadrul procedurii de atribuire raportat la dispozițiile art.212 din Legea nr. 98/2016 care trasează extrem de clar situația premisă a anulării oricărei proceduri de atribuire, pentru pretinse încălcări ale dispozițiilor legale.

Se învederează faptul că autoritatea contractantă se referă la aspecte legate de întocmirea și circumstanțierea "cererii de finanțare" de fonduri nerambursabile, aspect cu totul distinct de legalitatea derulării procedurii de atribuire.

Ori, sub acest aspect, se impune a fi constatat, în opinia contestatorului, că autoritatea contractantă avea obligația să prevadă existența sursei de finanțare în buget anterior demarării procedurii de atribuire, potrivit prevederilor art.12 alin.4 din H.G. nr.395/2016.

Apreciază contestatorul că existența sursei de finanțare este o chestiune cu totul distinctă de legalitatea derulării procedurii de atribuire, fiind cu adevărat prejudiciabil pentru orice ofertant ca o autoritate contractantă să demareze proceduri de atribuire fără fonduri aprobate sau ca orice ofertant câștigător să fie prejudiciat în raport de existența oricărui incident de fapt privind finanțarea autorității contractante, care nu are legătură cu prestația și responsabilitățile ofertantului.

În plus, se arată că autoritatea contractantă nu invocă niciun fel de dispoziție legală ce a fost încălcată prin formularea cererii de finanțare, ci se referă cu titlu abstract la probabilități ale interpretării autorității de management.

Ori, susține contestatorul, legiuitorul a detaliat, în mod clar, faptul că nu orice posibilă inadvertență, incident, eroare, omisiune, pot

reprezenta un temei al anulării proceduri de atribuire, ci exclusiv acele încălcări ale dispozițiilor legale însemnate, precum erori sau omisiuni ce nu ar putea fi îndreptate prin măsuri corective, deoarece ar conduce la grave încălcări ale principiilor fundamentale din materia achizițiilor publice.

Pe de altă parte, se arată că autoritatea nu explică, în concret, motivele pentru care achiziția de pontoane nu poate include în obiectul său de ansamblu, și achiziția "pasarelei de acces", precum și "manopera", elemente adiacente și fundamentale pentru realizarea obiectului contractului de furnizare și anume livrarea și montarea efectivă a celor două pontoane.

În fapt, se apreciază că autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire pentru o presupusă posibilitate formală asupra unei eventuale interpretări a autorității de management, ori, o procedură de atribuire nu poate fi anulată pentru riscuri de interpretare distinctă în materia cererii de finanțare, ci exclusiv pentru cauze de nelegalitate intrinseci procedurii de atribuire.

Nu în ultimul rând, critica ce vizează motivele invocate de autoritatea contractantă este susținută și de aritmetica părților componente ale ofertei depusă de ... S.A., raportat la totalul valorii procedurii, prețul ofertat de societatea sa fiind justificat prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

Din analiza ponderii posibilelor componente neeligibile, în susținerea ipotetică a autorității contractante, contestatorul arată că pasarelele și manopera, reprezintă 60.000 lei, respectiv 20% din prețul ofertei.

Ori, respectând aceeași logică, procentul de 20% din prețul de pornire al licitației de 500.000 lei, reprezintă 100.000 lei, calcul evident și față de care dacă autoritatea contractantă ar fi adjudecat procedura la prețul de pornire, ar fi putut finanța, în opinia contestatorului, o parte eligibilă de 400.000 lei și eventual ar fi trebuit să finanțeze prin resurse proprii doar cei 100.000 lei.

Chiar și în această premisă absurdă a autorității contractante, contestatorul susține că societatea sa a ofertat cu încă 100.000 lei sub partea finanțabilă/eligibilă.

Pe de altă parte, din analiza descrierii tehnice a produselor din caietul de sarcini, reiese că autoritatea contractantă a oferit o clarificare care elimină orice dubiu asupra pasarelei, explicând clar că aceasta reprezintă tot un element de tipul pontonului, alcătuit din cuburi plutitoare ca și pontonul, doar că aceste cuburi sunt montate ca un culoar de acces de la mal la ponton.

De altfel, se precizează că întreg ansamblul ponton și pasarelă, este un set de circa 600 de cuburi, care se assemblează în câteva ore sub ce formă dorește utilizatorul și care se pot reconfigura cum se dorește, oricând, putând să devină 100% ponton sau 50% ponton și 50% pasarelă sau orice altă combinație dorită.

2. Autoritatea contractantă nu a identificat nicio dispoziție legală pretins a fi încălcată, astfel încât, în opinia contestatorului, decizia de anulare a fost emisă cu încălcarea dispozițiilor legale incidente.

Contestatorul detaliază, pe larg, premisele unei cauze artificiale de anulare a procedurii de atribuire, și anume:

- Autoritatea contractantă nu a anulat procedura de atribuire într-o fază incipientă, ci în faza finală, ulterior deschiderii ofertei financiare și constatării clasamentului, ulterior transmiterii documentelor suport DUAЕ, moment la care admisibilitatea ofertelor și clasamentul ofertanților era unul cunoscut;

- În mod paradoxal, autoritatea contractantă nu a realizat riscul unei interpretări posibil distincte a autorității de management nici în faza de evaluare a ofertei tehnice, nici în faza de evaluare a propunerii financiare, nici anterior solicitării documentelor DUAЕ, ci, în mod cu totul particular, abia în momentul în care urma să aibă loc atribuirea și semnarea contractului de achiziție publică, după ce a solicitat toate clarificările societății, inclusiv ultimele referitoare la modul de formare a prețului.

- ... S.A., cu bună-credință, a oferit autorității contractante toate elementele detaliate ale costurilor, inclusiv maniera în care, în baza experienței sale îndelungate, a optimizat metoda de abordare a proiectului vizat și a optimizat costurile, costurile nete de la furnizor și identitatea furnizorului cu care obține aceste prețuri competitive.

- Nu există niciun motiv pentru care autoritatea contractantă nu a observat pretinsa omisiune anterior. Practic, prin această conduită, s-ar valida posibilitatea ca o autoritate contractantă să avanseze în procedură, dar să aibă un "argument de rezervă" pentru anularea procedurii de atribuire, în ipoteza în care ofertantul câștigător nu este cel dorit de autoritatea contractantă, și chiar mai mult, să obțină de la acel ofertant modul cum acesta și-a gândit strategia ofertării, sursele, prețurile, costurile și metodele de lucru.

- Motivul anulării procedurii de atribuire, dincolo de faptul că nu reprezintă o posibilă nelegalitate a derulării procedurii, nu este fundamentat pe niciun aspect concret, ci doar pe o posibilitate lipsită de logică de fapt ori de drept: *„autoritatea de management are în față o cerere de finanțare pentru două pontoane, este firesc să aprobe în cadrul proiectului și elementele adiționale imperative pentru realizarea acestora, precum pasarela sau manopera. Fără aceste elemente pontoanele apar drept echipamente imposibil de asamblat, deoarece nu reprezintă un echipament ce poate fi amplasat în lipsa acestor elemente adiționale”*.

4. Contestatorul invocă jurisprudenta instantelor de judecată în materie care invalidează deciziile de anulare pentru motive similare.

Față de cele menționate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile art.8 din Legea nr.101/2016 și celelalte dispoziții legale citate în cadrul prezentei contestații.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.10054/22.06.2021, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 32142/22.06.2021, ... a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată, precizând că își menține decizia de anulare a procedurii de atribuire comunicată cu adresa nr.9601/27.05.2021, pentru următoarele considerente:

- după evaluarea ofertelor, s-a constatat că oferta depusă de ... S.A. are un preț deosebit de scăzut față de valoarea estimată a contractului, respectiv de 58,56 % din valoarea estimată, fapt pentru care i-au fost solicitate clarificări;

- având în vedere faptul că autoritatea contractantă are încheiat un contract de management al proiectului, comisia de evaluare a solicitat sprijinul consultantului cu privire la răspunsul ofertantului ... S.A., moment la care acesta a observat în formularul de propunere financiară o neconcordanță privind structura prețului.

- la momentul demarării procedurii, autoritatea contractantă a luat în considerare faptul că furnizarea produselor se va realiza cu montarea pontoanelor la locurile stabilite, fiind astfel aplicată și manopera aferentă montajului pontoanelor. Totodată, din caietul de sarcini rezultă faptul că pontoanele au anexate și pasarele de acces, motiv pentru care persoana responsabilă cu achiziția publică a considerat necesar să separe prețul celor 2 pontoane de prețul pasarelelor de acces și de cel al manoperei.

- eroarea a apărut și ca urmare a faptului că, din dorința de a încheia contractul de furnizare cu clauză suspensivă, respectiv înainte de a se semna contractul de finanțare cu Autoritatea de Management a Programului Operațional de Pescuit și Afaceri Maritime, responsabilul achiziției publice nu a verificat cererea de finanțare pentru a asigura concordanța informațiilor din cadrul cererii de finanțare cu procedura de achiziție ce urma a fi demarată.

- autoritatea contractantă a ținut cont de punctul de vedere al consultantului în managementul proiectului și pentru evitarea unor cheltuieli neeligibile destul de importante a hotărât anularea procedurii de atribuire, cu precizarea faptului că, față de situația prezentată de consultant, sumele care nu privesc cele 2 pontoane vor fi considerate cheltuieli neeligibile, respectiv cheltuielile aferente celor 2 pasarele de acces și cheltuielile privind manopera.

În ceea ce privește susținerea contestatorului potrivit căreia i-au fost solicitate documente în susținerea DUAЕ, iar autoritatea contractantă nu a avut niciun fel de obiecțiuni în acest sens, se precizează că potrivit informațiilor din SICAP, nu au fost solicitate contestatorului clarificări în acest sens, ultima solicitare de clarificări fiind cu privire la justificarea prețului deosebit de scăzut.

Cu privire la afirmația contestatorului conform căreia autoritatea contractantă nu a menționat niciun fel de prevedere legală ce ar fi fost încălcată în cadrul procedurii de atribuire, se precizează faptul că, temeiul legal invocat, respectiv art.212 alin.1 lit.c din Legea

nr.98/2016 dă posibilitatea anulării procedurii în momentul în care autoritatea contractantă constată *"erori sau omisiuni, iar autoritatea se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective (...)"*.

Față de motivele invocate în contestație, autoritatea contractantă menționează că situația reală este următoarea :

- având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu are semnat contractul de finanțare, iar procedura de atribuire a contractului de furnizare s-a demarat anterior semnării contractului de finanțare, nu există un plan al achizițiilor publice și nici sursa de finanțare, contractul de furnizare fiind sub clauză suspensivă, singurele informații certe fiind extrase din cererea de finanțare aprobată de AM - POPAM ;

- eroarea nu putea fi corectată pe parcursul evaluării ofertelor, în perioada verificării certificatelor DUAЕ sau ofertelor tehnice, motivat de faptul că acesta are la bază greșeala strecurată în formularul de propunere financiară, pe care autoritatea contractantă nu putea să o vizualizeze decât după trecerea prin celelalte două etape anterioare evaluării ofertei financiare ;

- se apreciază că nu există un prejudiciu cert adus contestatorului, ținând seama că, la acest moment documentația se află la autoritatea contractantă și nu este publică, acesta nefiind finalizată.

- ulterior depunerii contestației de către ... S.A., autoritatea contractantă a solicitat un punct de vedere, scris, consultantului în managementul proiectului, pe care îl anexează în apărare;

- autoritatea contractantă a pregătit documentația de atribuire pentru demararea unei noi proceduri, singura diferență semnificativă dintre cele două proceduri fiind stabilită la formularul de ofertă.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Urmare a studierii dosarului cauzei, prin concluziile scrise înregistrate la C.N.S.C. sub nr. 34160/02.07.2021, ... S.A. a invocat excepția tardivității punctului de vedere formulat de ..., iar pe fondul cauzei a combătut apărările autorității contractante.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului având ca obiect ***„Furnizarea produselor constând în achiziționarea a două pontoane de acostare a ambarcațiunilor în cadrul Proiectului „Achiziționare ponton acostare ambarcațiuni în ...”***, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr.SCN1083277/17.03.2021.

Valoarea estimată a contractului este de 512.332,80 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*.

Au fost depuse două oferte în cadrul procedurii, respectiv de către ... S.A. și ...S.R.L., care au fost vizualizate în SEAP la data de 06.04.2021.

Prin procesul-verbal nr.9201/20.05.2021, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei contestatorului, ca inacceptabilă și neconformă, și clasarea pe primul loc a ofertei depusă de ...S.R.L., ofertant căruia s-a decis ai fi solicitate documentele suport DUAЕ, iar prin procesul-verbal nr.9588/27.05.2021, anularea procedurii în conformitate cu art.212 alin.2 din Legea nr.98/2016.

Împotriva deciziei de anulare a procedurii, despre care a luat cunoștință din decizia privind anularea procedurii nr.9601/27.05.2021, ... S.A. a depus contestația de față, consemnând cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Cu titlu prealabil, în analiza excepției tardivității punctului de vedere referitor la contestație, invocată de contestator, relevante sunt dispozițiile art.18 alin.1 și alin.3 din Legea nr.101/2016, la care face referire și acesta, potrivit cu care:

„(1) În termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației.

(3) Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.”

Din economia acestor dispoziții legale, rezultă că autoritatea contractantă are obligația de a transmite la dosarul cauzei constituit pe rolul CNSC, precum și contestatorului, punctul său de vedere în termen de 5 zile de la primirea contestației, iar, în caz contrar, este decăzută din dreptul de a propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică.

Așadar, sancțiunea decăderii vizează doar dreptul de a propune probe și a invoca excepții, în afara celor de ordine publică.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că autoritatea contractantă a primit contestația în aceeași zi când aceasta a fost primită la sediul CNSC, respectiv prin e-mail, la data de 03.06.2021, iar punctul de vedere referitor la contestația a fost transmis la dosar, la data de 22.06.2021, prin e-mail, deci la mai mult de 5 zile de la primirea contestației.

Având în vedere că sancțiunea decăderii operează în limitele menționate mai sus, iar nu asupra punctului de vedere în ansamblul său, Consiliul va respinge excepția invocată de contestator.

Trecând la analiza legalității deciziei de anulare a procedurii, criticată de contestator, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat la adoptarea măsurii arătate, după cum rezultă din procesul-verbal nr.9588/27.05.2021, ulterior solicitării documentelor suport

DUAЕ ofertantului ...S.R.L. clasat pe primul loc, din următoarele considerente:

„Ulterior solicitării documentelor suport DUAЕ și respectiv, până la finalizarea procedurii de achiziție publică, comisia de evaluare a solicitat sprijinul privind verificarea dosarului achiziției publice de către firma de consultanță în managementul proiectului, ținând cont de faptul că acesta urma să ridice dosarul în sistemul MySMIS, ulterior semnării contractului de finanțare.

La verificarea sus-menționată s-au constatat următoarele:

- *procedura de furnizare face parte din Planul de achiziții aferent Cererii de finanțare depusă în cadrul Programului Operațional Pescuit și Afaceri, proiect ce a fost aprobat, urmând a fi semnat contractul de finanțare cu autoritatea de management.*

- *având în vedere că nu a fost semnat contractul de finanțare, modelul de clauze contractuale are inserată o clauză suspensivă.*

- *din același motiv, la demararea procedurii de atribuire, dintr-o eroare, în cadrul secțiunii „Formulare”, **Formularul privind oferta de preț a avut următoarea structură:***

«Prețul este format după cum urmează:

- ***Ponton doc plutitor (2 buc.), în sumă de lei fără TVA;***

- ***Pasarelă acces ponton, în sumă de lei fără TVA;***

- ***Manoperă, ancorare etc, în sumă de Lei fără TVA»***

Luând în considerare faptul că produsele ce urmează a fi achiziționate vor fi asamblate/montate la cele 2 amplasamente, ceea ce impune și calcularea unor cheltuieli cu manopera, transportul, ancorarea pontoanelor, valori evidențiate separat, luându-se în considerare definiția valorii estimate, ca fiind «o determinare valorică a obiectului unei achiziții care se stabilește pe baza calculării și însumării tuturor sumelor plătitibile pentru îndeplinirea obiectivului propus (inclusiv quantumul aferent procentului de diverse și neprevăzute, după caz), fără taxa pe valoarea adăugată, luând în considerare orice eventuale forme de opțiune și prelungiri menționate în mod explicit în documentele achiziției»

- ***ținând cont de faptul că, în cererea de finanțare, achiziția de pontoane este cheltuială eligibilă, în totalitatea sa, fără a fi precizat în cadrul acestuia, structura propusă în formularul de ofertă de preț, există posibilitatea ca autoritatea de management să considere cheltuiala aferentă celor 2 pasarele și cele privind manopera, ca fiind neeligibile.***

- *în cererea de finanțare, achiziția publică „achiziție ponton de acostare” apare astfel cum este mai jos menționat: (...)*

- *în cazul de față, nu se poate modifica documentația de atribuire prin erată la anunțul de participare simplificat;*

- *urmare celor sesizate de către consultant, autoritatea contractantă a solicitat un punct de vedere neoficial și reprezentanților AMPOR, care au confirmat cele susținute de către consultant, respectiv, optica finanțatorului privește neeligibilitatea sumelor prevăzute separat pentru cele 2 pasarele acces ponton și cheltuielilor privind manopera, ancorare etc.*

Având în vedere informațiile precizate mai sus, autoritatea contractantă este nevoită să refacă documentația de atribuire (formulare, strategie de contractare, fișa de date), astfel încât să asigure cerințele și prevederile legale în vederea ducerii la îndeplinire a contractului de finanțare în condiții de calitate și conformitate și în consecință va dispune următoarele:

1. *anularea procedurii de atribuire având ca obiect (...), anunț de participare nr.SCN1083277/17.03.2021 în conformitate cu prevederile art.212 alin.2 – (...);*

2. *reluarea procedurii de atribuire în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect (...), la o dată ulterioară.”*

Așadar, în esență, motivul de fapt pentru care autoritatea contractantă a decis anularea procedurii constă într-o neconcordanță între conținutului formularului de ofertă și cererea de finanțare, în sensul în care structura prețului, detaliată pe componentele ponton doc plutitor (2 buc), pasarelă acces ponton și manoperă ancorare etc. din formularul de ofertă nu corespunde cu cererea de finanțare în care apare menționată achiziția de pontoane, astfel că există posibilitatea ca ultimele două componente de preț din formularul de ofertă (pasarelă acces ponton și manoperă ancorare etc.) să fie considerate cheltuială neeligibilă de către autoritatea de management. Arată autoritatea contractantă că a solicitat punct de vedere consultantului în managementul proiectului și probează cu adresa înaintată societății MOCTEZUMA CONSULTING S.R.L. și răspunsul acesteia, dar și că a solicitat punct de vedere neoficial reprezentanților AMPOR, răspunsurile primite fiind în sensul că sumele prevăzute separat pentru componentele arătate ar fi neeligibile.

Temeiul de drept pe care autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia de anulare sunt dispozițiile art.212 alin.2 din Legea nr.98/2016, conform cărora:

„Art. 212. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție 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 dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația 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).”**

Relevant este și textul alin.1 lit.c al aceluiași articol care, deși nu a fost reținut de autoritatea contractantă, reprezintă ceea ce legiuitorul a înțeles să explicitizeze prin intermediul alin.2.

Din interpretarea acestor texte legale, se observă că nu orice eroare sau omisiune din partea autorității contractante poate determina anularea procedurii de atribuire, legiuitorul stabilind în mod expres că acestea trebuie să fie de o anumită gravitate, respectiv să aibă ca efect încălcări ale prevederilor legale sau să facă imposibilă încheierea contractului.

Textul art.212, așa cum s-a evidențiat mai sus, are în vedere cu titlu excepțional ipoteza anulării procedurii, de aceea trebuie interpretat și aplicat strict în limitele prevăzute de lege și doar la ipoteza ori ipotezele avute în vedere de legiuitor.

Aplicând aceste considerente de ordin legal situației de fapt dedusă judecății, apreciază Consiliul că decizia de anulare a procedurii motivată după cum a fost redat mai sus, nu este una justificată, simpla temere a autorității contractante conform căreia sumele aferente componentelor pasarelă acces ponton și manoperă ancorare

etc. ar putea fi considerate neeligibile, întemeiată pe păreri ale consultantului în managementul proiectului sau chiar reprezentanților AMPOR (care s-au exprimat neoficial cum susține autoritatea contractantă), nu se subsumează condițiilor care permit anularea în limitele și cu respectarea art.212 alin.1 lit.c și alin.2 din Legea nr.98/2016.

Separat de acestea, observă Consiliul că în cadrul cererii de finanțare, citatul invocat de autoritatea contractantă, prezintă conținutul:

„Activitatea: II.4 Realizare achiziție și livrare pontoane pentru acostare

Subactivitatea: II.4.1 Se va realiza achiziție și ulterior, livrarea pontoane pentru acostare

Categorie cheltuială eligibilă: 15 – cheltuieli pentru investiția de bază
Subcategorie cheltuială eligibilă: 54 – cheltuielile cu dotările (utilaje, echipamente cu și fără montaj, dotări)”.

Așadar, cheltuială eligibilă este nu numai cea pentru investiția de bază, dar și cea cu dotările (utilaje, echipamente cu și fără montaj, dotări) categorie căreia pot fi subsumate componentele aflate în discuție, detalierea prețului din cadrul formularului de ofertă fiind în acest sens.

Mai mult decât atât, declararea unei cheltuieli drept neeligibile nu echivalează cu derularea procedurii de atribuire cu încălcarea prevederilor din materia achizițiilor publice și nu atrage incidența dispozițiilor art.212 alin.1 lit.c și alin.2 din Legea nr.98/2016, ci suportarea acelei cheltuieli din fondurile proprii ale autorității contractante.

După cum corect subliniază și contestatorul, problema finanțării este o chestiune total distinctă de legalitatea procedurii de atribuire, care, în speța de față, apare derulată cu respectarea prevederilor din materia achizițiilor publice, autoritatea contractantă aflându-se în etapa de verificare a documentelor suport DUAE prezentate de ofertantul clasat pe primul loc.

Astfel fiind, situația de fapt relevată de autoritatea contractantă, ca și temerea acesteia conform căreia parte din cheltuieli ar putea fi considerate neeligibile, nu sunt apte a justifica decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Cele expuse mai sus nu trebuie interpretate ca o neregnoaștere a dreptului autorităților contractante de a își anula un act sau chiar întreaga procedură și din oficiu în ipoteza în care constată că s-au încălcat prevederile legale în cursul derulării procedurii, însă acest drept nu trebuie să fie interpretat ca fiind unul discreționar, trebuind să fie justificat în mod obiectiv.

Potrivit dispozițiilor art.146 alin.2 din H.G. nr.395/2016 *„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.”*

Pornind de la cele explicate în cele ce preced, Consiliul concluzionează că nu au fost identificate motive care să justifice anularea procedurii.

Modul în care a procedat autoritatea contractantă, pe de o parte, apare ca nelegal în raport de dispozițiile art. 212 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Art.143 alin.1 din H.G. nr.395/2016 instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui oferta 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.

Astfel, modalitatea în care a ales autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire fiind în afara prevederilor legale, criticile contestatorului se dovedesc întemeiate.

Analiza efectuată de Consiliul s-a limitat la verificarea legalității deciziei de anulare a procedurii de atribuire cu care organismul administrativ-jurisdicțional a fost investit, în acord cu principiul disponibilității, în conformitate cu care părțile pot determina conținutul procesului prin stabilirea cadrului procesual în privința obiectului și al participanților la proces (Decizia nr.1263/12.03.2014 a ÎCCJ).

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația și va anula decizia de anulare a procedurii nr.9601/27.05.2021 precum și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii cu respectarea întocmai a celor consemnate în motivare, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... S.A. și desemnarea câștigătoare a acesteia, va fi respins, ca inadmisibil, în raport cu dispozițiile art.127 alin.1 lit.m din H.G. nr.395/2016, deoarece atribuirea de desemnare a ofertei câștigătoare aparține comisiei de evaluare, competența materială a CNSC fiind limitată la efectuarea controlului de legalitate asupra actelor emise în cadrul procedurii de atribuire.

Cu privire la cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea

conestației (onorariu avocațial), în sumă de 4.000 lei, dovedite cu factura nr.40/27.05.2021, achitată online prin serviciul de internet banking al ING Bank, Consiliul, văzând dispozițiile alin.9 al aceluiași articol și ținând seama de soluția de admitere, în parte, a contestației, va proceda la obligarea autorității contractante la plata către contestator a sumei de 3.000 lei, proporțional capetelor de cerere admise.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația depusă de ... S.A., în contradictoriu cu ... și anulează decizia de anulare a procedurii nr.9601/27.05.2021 precum și actele subsecvente.

Obligă autoritatea contractantă să continue procedura de atribuire cu respectarea întocmai a celor consemnate în motivare, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... S.A. și desemnarea câștigătoare a acesteia.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestator a sumei de 3.000 lei, cu titlu de cheltuieli ocazionate de soluționarea contestației.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii 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.

...