

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 1222/23.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 61210/23.11.2021, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal prin ..., formulată împotriva răspunsului consolidat la solicitările de clarificare, Document: [SCN.../00013]. Răspuns - Consolidat-semnat.pdf, publicat în data de 18.11.2021, emis de ..., cu sediul în ..., str. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Modernizare străzi în ..., județul ...”, cod CPV 45233140-2, s-a solicitat:

- *anularea răspunsului consolidat la solicitările de clarificare, Document: [SCN.../00013]. Răspuns-Consolidat-semnat.pdf, publicat în data de 18.11.2021;*
- *anularea procedurii.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ...SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică Răspunsul consolidat la solicitările de clarificare, Document: [SCN.../00013]. Răspuns – Consolidat - semnat.pdf, publicat în data de 18.11.2021 de autoritatea contractantă

În fapt, în data de 18.11.2021, ora 16:15, autoritatea contractantă a publicat în SEAP Răspunsul consolidat la solicitările de clarificare, Document: [SCN.../00013] Răspuns - Consolidat-semnat.pdf. În data de 18.11.2021, ora 16:17, autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, *Erata nr. EN1032805, Data transmitere spre publicare: 18.11.2021 16:17, Data publicare: 18.11.2021 16:17, Modalitatea de desfășurare:*

Automată, Context de generare automată: La extinderea termenelor din procedură.

Față de acest răspuns consolidat, petenta apreciază că au fost încălcate următoarele prevederi legale:

- art. 27 din HG nr. 395/2016, având în vedere că răspunsul consolidat nu este semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

- art. 161 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că răspunsul consolidat nu a fost publicat în termenul prevăzut de lege, autoritatea contractantă nu a corelat termenele prevăzute în legislația achizițiilor publice. Astfel, nu a putut fi respectat nici termenul impus chiar de autoritatea contractantă, în a 5-a zi înainte de termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor, răspunsul consolidat a fost publicat în data de 18.11.2021, ora 16:15, iar data limită de depunere a fost 22.11.2021, ora 15:00.

Petenta susține că, la extinderea termenelor din procedură, autoritatea contractantă a încălcat următoarele prevederi legale:

- art. 55 din HG nr. 395/2016 - răspunsul consolidat a fost publicat în data de 18.11.2021, ora 16:15, iar la momentul publicării acestuia, data stabilită pentru depunerea ofertelor era 22.11.2021, astfel că nu se respectă termenele;

- art. 153 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice cu completările și modificările ulterioare, data limită inițială de depunere: 22.11.2021, ora 15:00, data limită prelungită de depunere: 24.11.2021, ora 15:00, astfel că nu se respectă termenele.

1. Referitor la răspunsul la solicitările nr. 1, punctul 2) și Solicitarea nr. 3 din Răspunsul consolidat postat:

„Solicitarea nr. 1

Având în vedere documentația de atribuire, vă rugăm să ne clarificați următoarele:

1) în câte exemplare trebuie predat Proiectul tehnic?

2) având în vedere că termenul de finalizare a contractului, în fișa de date, este de 12 luni, iar în DALI este menționată ca durată PT - 2 luni, Execuție 6 luni și Organizare de șantier 1 lună, vă rugăm să clarificați care sunt termenele maxime pentru finalizarea Proiectului Tehnic, a Organizării de șaniter și a Execuției.

Răspuns solicitarea nr. 1

Proiectul tehnic trebuie predat în 4 exemplare.

Termenele sunt următoarele:

- 2 luni pentru finalizarea a Proiectului Tehnic*
- o lună Organizării de Șaniter*
- 9 luni Execuție lucrări"*

Petenta consideră că răspunsul autorității contractante nu este legal și nu clarifică/justifică cum a modificat durata de realizare ale

principalelor etape întocmite de către proiectantul de specialitate la faza DALI și asumate de către autoritatea contractantă.

La pag. 40 și 41 din DALI, este menționat în mod clar:

„Durata de execuție a lucrărilor din teren este de 7 luni”

În Graficul de realizare a investiției este menționat:

„Proiect tehnic și inginerie - 2 luni

Asistență tehnică - 7 luni

Investiția de bază - 6 luni

Organizare de șantier - 1 luni”

Proiect tehnic și inginerie - 2 luni Asistență tehnică - 7 luni

Investiția de bază + Organizarea de șantier - 7 luni

Autoritatea contractantă a răspuns că termenele sunt următoarele:

- *2 luni pentru finalizarea a Proiectului Tehnic*
- *o luna Organizării de Șantier*
- *9 luni Execuție lucrări”*

În fișa de date este menționat: *1.2.7 Durata contractului, concesiunii, a acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziții; Durata în luni: 12;*

Astfel, autoritatea contractantă nu a corelat termenele de realizare a principalelor etape conform DALI.

2. Referitor la Răspunsul la Solicitățile nr. 2, din Răspunsul consolidat postat contestatoarea susține că, în conformitate cu prevederile legale menționate în solicitarea de clarificare, angajații/colaboratorii unei persoane juridice nu au independența față de alți angajați ai aceleiași persoane juridice, așa încât verificatorul să poată presta obiectiv serviciul, să își desfășoare activitatea în condiții de obiectivitate, verificând proiectele realizate de societatea cu care are raporturi de colaborare.

Față de răspunsul autorității *„Pentru realizarea acestui serviciu, ofertanții vor putea subcontracta acest serviciu, astfel relația dintre aceștia nu va genera un conflict de interese, întrucât verificatorul nu este angajat/colaborator al acestuia ...”,* petenta precizează că, în conformitate cu prevederile legale ce guvernează domeniul achizițiilor publice, subcontractantul este definit ca: *„ - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului”.*

Este adevărat că dispozițiile legale în materia achizițiilor publice prevăd dreptul ofertantului de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte din contractul respectiv, condiții în care ofertantul executant este răspunzător în fața autorității contractante, atât pentru faptele sale, cât și pentru cele ale subcontractantului. În raportul juridic dintre:

- Ofertantul - executant și subcontractantul - Verificator de proiecte, ofertantul - executant este beneficiarul serviciilor prestate de către subcontractant;

-Ofertantul – executant și autoritatea contractantă - investitorul sau beneficiarul investiției este autoritatea contractantă.

În concluzie, aceasta consideră că răspunsul autorității contractante este nelegal, iar valoarea totală estimată nu este corectă.

3. Referitor la Răspunsul la Solicitățile nr. 7 din Răspunsul consolidat postat, contestatoarea precizează următoarele:

Procedura de atribuire este inițiată sub incidența unei clauze suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de încheiere contractului de finanțare în baza Programului național de investiții „Anghel Saligny”, program coordonat de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației, sau identificarea altor fonduri, astfel semnarea contractului făcându-se cu respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

În ceea ce privește prevederea din cadrul documentației de atribuire față de o astfel de clauză/condiție poate fi considerată o încălcare a prevederilor art. 143 coroborat cu art. 145 din anexa H.G. nr. 395/2016. Pe de o parte art. 143 alin (1) din anexa la H.G. nr. 395/2016 prevede expres că autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractual de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, iar pe de altă parte art. 145 stipulează ca autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

În ceea ce privește finalizarea procedurii de atribuire prin anularea procedurii, prevederile art. 146 alin. (2) din anexa la HG nr. 395/2016 stipulează că: *„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 considerate o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege”.*

Având în vedere că circumstanțele care impun amânarea încheierii contractului de achiziție sau anularea procedurii de atribuire au fost cunoscute încă de la inițierea procedurii de atribuire și au depins în mare măsură de acțiunea/inacțiunea autorității contractante, în calitate sa de solicitant al finanțării nerambursabile, petenta apreciază că au fost create circumstanțe artificiale de amânare a încheierii contractului sau de anulare a procedurii de atribuire.

De asemenea, consideră că nu se justifică inițierea procedurilor de atribuire înainte de semnarea contractului de finanțare, în măsura în care nu există certitudinea că proiectul este eligibil și va fi semnat contractul

de finanțare prin care se asigură resursele financiare necesare pentru execuția contractului de achiziție.

Având în vedere considerentele arătate și faptul că finalizarea procedurii de atribuire nu se va putea realiza prin încheierea contractului de achiziție în lipsa fondurilor necesare pentru executarea acestuia, s-a solicitat identificarea unei surse de finanțare alternative pentru a finaliza procedura de atribuire în conformitate cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice.

În conformitate cu prevederile legislației ce guvernează domeniul achizițiilor publice, ofertanții care depun ofertă în cadrul procedurii de achiziție publică, își asumă conținutul documentației de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare, documentația tehnică, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, care și-au consolidat caracterul obligatoriu, ofertanții fiind obligați să depună ofertă în conformitate cu prevederile acesteia, potrivit dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

În opinia petentei, autoritatea contractantă nu este îndreptățită să demareze o procedură de atribuire fără a avea identificate fondurile necesare derulării contractului.

Ordinul privind aprobarea Normelor metodologice pentru punerea în aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 95/2021 pentru aprobarea Programului Național de Investiții „Anghel Saligny”, stabilește pentru categoriile de investiții prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) - d) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 95/2021, la art. 7 - *După finalizarea perioadei de depunere a cererilor de finanțare și a documentelor necesare potrivit art. 6 alin. (1) Ministerul Dezvoltării Lucrărilor Publice și Administrației, în urma analizării conformității administrative și tehnice a proiectelor depuse cu cerințele stabilite în program și în urma aplicării criteriilor de prioritizare în conformitate cu prevederile art. 2 și efectuării analizei interne, aprobă lista obiectivelor de investiții incluse la finanțare prin program, prin ordin al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și administrației, iar la Art. 9 - (1) După aprobarea listei prevăzute la art. 7, în vederea încheierii contractelor de finanțare, pentru obiectivele de investiții prevăzute la art. 3, beneficiarii sunt obligați să încarce în platforma digitală următoarele documente:*

k) contractele de achiziție publică pentru serviciile de proiectare în vederea elaborării documentației tehnice pentru autorizarea lucrărilor de Construcții (DTAC) și a proiectului tehnic de execuție (Pth+DDE) precum și contactele de achiziție publică de lucrări sau contractul de proiectare și execuție, inclusiv actele adiționale la acestea, dacă este cazul”.

În concluzie, petenta apreciază clauza suspensivă ca fiind abuzivă, iar referitor la răspunsul autorității contractante, prin care inserează

parțial o speță din Biblioteca de spețe ANAP „legislația în domeniul achizițiilor publice nu interzice expres încheierea unui contract de achiziție publică cu clauză suspensivă (suspendarea execuției contractului) sau introducerea în cadrul documentației de atribuire a unei condiții suspensive (suspendarea încheierii contractului)”, petenta completează speța în întregimea ei, astfel: „De asemenea, considerăm că nu se justifică inițierea procedurilor de atribuire înainte de semnarea contractului de finanțare, chiar dacă încheierea contractului de achiziție este condiționată de semnarea acestuia, în măsura în care nu există certitudinea că proiectul este eligibil și va fi semnat contractul de finanțare prin care se asigură resursele financiare necesare pentru execuția contractului de achiziție. Având în vedere considerentele de mai sus și faptul că finalizarea procedurii de atribuire nu se va putea realiza prin încheierea contractului de achiziție în lipsa fondurilor necesare pentru executarea acestuia, recomandăm identificarea unei surse de finanțare alternative pentru a finaliza procedura de atribuire în conformitate cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice”.

... a transmis documentele relevante și necesare în soluționarea contestației, precum și punctul său de vedere nr. 4642/30.12.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 1484/11.01.2022, prin care învederează următoarele:

Documentația de atribuire a fost întocmită și publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice cu respectarea strictă a prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice.

În opinia sa, documentația de atribuire necontestată, în termenul legal, capătă caracter obligatoriu atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți, astfel că apreciază contestația ca fiind tardivă. Pe fondul contestației, aceasta solicită Consiliului respingerea contestației ca nefondată.

Referitor la criticile operatorul economic ...SRL, autoritatea contractantă învederează punctual următoarele:

1. Răspunsul consolidat publicat în SEAP în data de 18 noiembrie 2021 este un fișier PDF de 7 pagini, semnat cu semnătură electronică a reprezentantului legal al autorității contractante - Primar Rădulescu Gabriel. Semnătură electronică este aplicată în colțul din dreapta jos al ultimei pagini (pagina 7/7). La vizualizarea documentului PDF, Adobe Acrobat Reader verifică semnătură electronică aplicată documentului și o validează.

2. În legislația privind achizițiile publice, termenele ce trebuie respectate pentru anumite acțiuni sunt prevăzute la nivel de zile, nu de ore.

În erata nr. EN1032805/18.11.2021, termenul limită pentru primirea ofertelor a fost stabilit ca fiind data de 24 noiembrie 2021. Față de acest termen, publicarea răspunsului consolidat s-a realizat potrivit prevederilor documentației de atribuire (fișei de date).

3. Referitor la durata contractului prevăzută în DALI ca fiind de 9 luni, și stabilită prin documentația de atribuire la o perioadă de 12 luni, autoritatea contractantă arată că acest aspect nu este relevant pentru depunerea ofertelor, și nu duce la încălcarea vreunor prevederi legale. Dimpotrivă, acest aspect (stabilirea duratei contractului de 12 luni) are în vedere mărirea numărului de operatori economici interesați de participarea la procedura de achiziție. Pe de altă parte, arată că a stabilit această durată ținând cont de experiența anterioară referitor la duratele efective a execuție în cadrul altor contracte de infrastructură desfășurate pe raza Comunei Independența.

4. În opinia sa, faptul că valoarea estimată a achiziției publice include și *„verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție”* nu constituie o încălcare a prevederilor legale.

Verificatorul de proiect, indiferent de modalitatea de plată pentru serviciile prestate, trebuie să își desfășoare activitatea cu profesionalism și obiectivitate, conform obligațiilor legale ce îi revin.

În conformitate cu prevederile art. 13 din HG nr. 925/1995 *„Verificatorul tehnic atestat nu poate ștampila (verifica) proiectele întocmite de el sau la a căror elaborare a participat”*, precum și cu prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 conform căreia *„Verificatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică”*, astfel modul în care își va desfășura activitatea nu afectează calitatea serviciilor prestate și nu constituie un impediment pentru ofertanți în a întocmi și depune ofertele, ținând cont și de faptul că pentru serviciile de verificare sunt prevăzute valori distincte de cele pentru proiectare sau execuție de lucrări.

Verificarea tehnică a proiectului a fost prinsă în cadrul procedurii și în vederea respectării prevederilor art. 11 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

5. Clauza suspensivă privind condiționarea încheierii contractului de achiziție publică de obținerea finanțării în cadrul programului național de investiții *„Anghel Saligny”*, este apreciată ca fiind o măsură de a proteja autoritatea contractantă, care nu are la dispoziție fonduri pentru lucrările de infrastructură, de riscul de a încheia contracte de lucrări fără finanțarea corespunzătoare.

Autoritatea contractantă susține că face toate demersurile necesare pentru a îndeplini clauza menționată la art. 9 din NORME METODOLOGICE pentru punerea în aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 95/2021 pentru aprobarea Programului Național de Investiții *„Anghel Saligny”*, organizând procedura de achiziție publică necesară pentru întocmirea contractului de realizare a proiectului tehnic și execuția lucrărilor.

Art. 9 - (1) După aprobarea listei prevăzute la art. 7, în vederea încheierii contractelor de finanțare, pentru obiectivele de investiții prevăzute la art. 3, beneficiarii sunt obligați să încarce în platforma digitală următoarele documente:

k) contractele de achiziție publică pentru serviciile de proiectare în vederea elaborării documentației tehnice pentru autorizarea lucrărilor de Construcții (DTAC) și a proiectului tehnic de execuție (Pth+DDE) precum și contractele de achiziție publică de lucrări sau contractul de proiectare și execuție, inclusiv actele adiționale la acestea, dacă este cazul.

Autoritatea consideră că această condiționare prevăzută în documentația de atribuire nu are un caracter discriminatoriu, ea fiind prevăzută de la început în documentația de atribuire. În orice situație, oferta se întocmește pe cheltuiala și riscul ofertanților, aceștia participând la o procedură de achiziție publică în funcție de opțiunea proprie. Această prevedere nu are rolul de a restricționa concurența, ci este expres menționată din motive de transparență și corectitudine.

În concluzie, aceasta apreciază că ...SRL solicită anularea procedurii de achiziție publică fără argumente, pe baza unor considerații de un formalism excesiv, fără a demonstra încălcări ale prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat la 05.11.2021, procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului „Modernizare străzi în ..., județul ...”, prin publicarea în SEAP a anunțului SCN... și a documentației de atribuire, valoarea estimată fiind de 6.837.965,99 lei, fără TVA, termen stabilit pentru depunerea ofertelor 22.11.2021, ora 15:00. Criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva răspunsului consolidat la solicitările de clarificare, Document: [...]. Răspuns - Consolidat-semnat.pdf, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP în data de 18.11.2021, a formulat contestație ...SRL solicitând anularea răspunsului consolidat și anularea procedurii de atribuire.

Preliminar analizei contestației, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii, în valoare de 35.000 lei, emisă de Banca Comercială Română S.A. – Sucursala ..., la data de 25.11.2021.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza contestației, Consiliul constată că ...SRL critică faptul că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 27 din HG nr. 395/2016 prin publicarea răspunsului consolidat fără a fi semnat cu

semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 27 din HG nr.395/2016 potrivit căroră „(1) Orice răspuns al autorității contractante la solicitările de clarificări sau informații suplimentare primite în condițiile art. 160 alin. (1) din Lege, se postează în SEAP la secțiunea specifică, disponibilă în sistemul informatic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”.

În acest sens, constată că pe documentul „Răspuns consolidat”, publicat în SEAP „Document: [SCN.../00013] Răspuns – Consolidat-semnat.pdf” are pe ultima pagină, respectiv pe pagina 7 semnătura electronică „Rădulescu Gabriel 18/11/2021 16:02:37 UTC+02”, motiv pentru care critica va fi respinsă ca nefondată.

Contestatoarea critică de asemenea faptul că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 153 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 161 alin. (2) din același act normativ, în condițiile în care nu a respectat termenul de publicare a răspunsului consolidat raportat la data stabilită pentru depunerea ofertelor.

Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă a publicat în data de 18.11.2021, ora 16:15 răspunsul consolidat, iar data de depunere a ofertelor stabilită inițial era 22.11.2021, ora 15:00.

Însă, după publicarea răspunsului consolidat în SEAP, tot în data 18.11.2021, a publicat erata nr., prin care a prelungit termenul de depunere a ofertelor până la data de 24.11.2021.

Analizând prevederile legale considerate a fi încălcate de către autoritatea contractantă, Consiliul constată că, potrivit:

- art.153 din Legea nr. 98/2016 „(1) **Autoritatea contractantă prelungește perioada stabilită în anunțul de participare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri:**

a) în cazul în care, din orice motiv, informațiile suplimentare sau răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări transmise de către operatorii economici nu sunt transmise în termenele prevăzute la art. 161, deși clarificările sau informațiile suplimentare au fost solicitate de operatorul economic în termenul prevăzut în anunțul de participare/simplificat/de concurs;

b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziției.

(2) **Durata prelungirii perioadei stabilite potrivit alin. (1) este proporțională cu volumul și complexitatea informațiilor transmise prin clarificări, a informațiilor suplimentare sau a modificărilor aduse documentelor achiziției.**

(3) **Durata prelungirii perioadei prevăzute la alin. (2) nu poate fi mai mică de 6 zile, respectiv 4 zile în situațiile de urgență**

demonstrate corespunzător de autoritatea contractantă, prevăzute de art. 74 alin. (3) și art. 79 alin. (5), respectiv 3 zile la procedura simplificată, respectiv două zile în situațiile de urgență demonstrate corespunzător de autoritatea contractantă prevăzute la art. 113 alin. (10), termene care se calculează de la data transmiterii informațiilor suplimentare și până la termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare”.

Or, așa cum rezultă din informațiile din dosar autoritatea contractantă a publicat răspunsul consolidat în data de 18.11.2021 și a prelungit data de depunere a ofertelor de la 22.11.2021 la 24.11.2021, respectând astfel termenul de 3 zile, prevăzut de art. 153, în cazul procedurilor simplificate, cum este prezenta procedură.

Consiliul reține că răspunsurile la solicitările de clarificări au avut doar rol de lămurire, prin urmare nu au adus modificări prevederilor documentației de atribuire, astfel încât să fi pus operatorii economici în imposibilitatea de a elabora oferta, situație care se încadrează deasemenea în situațiile reglementate de art. 153 din Legea nr. 98/2016, respectiv alin. (2).

Astfel, în situația prezentată anterior, Consiliul va reține că procedura este o procedură simplificată, în cazul căreia termenele pot fi micșorate cu până la 3 zile, iar prelungirea datei de depunere a ofertelor se încadrează în acest termen, motiv pentru care critica va fi respinsă ca nefondată.

O altă critică a contestatoarei vizează răspunsul autorității contractante la întrebarea nr. 1 al cărui răspuns a fost publicat în SEAP prin răspunsul consolidat, astfel:

„Solicitarea nr. 1

Având în vedere documentația de atribuire, vă rugăm să ne clarificați următoarele:

1) În câte exemplare trebuie predate Proiectul tehnic?

2) Având în vedere că termenul de finalizare a contractului, în fișa de date, este de 12 luni iar în DALI este menționată ca durată PT-2 luni, Execuție 6 luni și Organizare de șantier 1 lună, vă rugăm să clarificați care sunt termenele maxime pentru finalizarea a proiectului Tehnic, a Organizării de șantier și a Execuției.

Răspuns solicitarea nr. 1

1) proiectul tehnic trebuie predate în 4 exemplare.

2) Termenele sunt următoarele: - **2 luni pentru finalizarea Proiectului Tehnic**

- **o lună Organizării de Șantier**

- **9 luni Execuție lucrări”.**

Acest răspuns este considerat de către contestatoare nelegal, întrucât autoritatea contractantă nu clarifică și nu justifică, în opinia sa, cum a modificat durata de realizare a principalelor etape întocmite de

către proiectantul de specialitate la faza DALI unde termenele de la pagina 40 și 41 sunt.

„Durata de execuție a lucrărilor din teren este de 7 luni”, iar în Graficul de realizare a investiției este menționat:

„Proiect tehnic și inginerie – 2 luni

Asistență tehnică – 7 luni

Investiția de bază – 6 luni

Organizare de șantier – 1 luni

Proiect tehnic și inginerie – 2 luni Asistență tehnică – 7 luni

Investiția de bază +Organizarea de șantier – 7 luni”.

Consiliul constată însă că prin răspunsul publicat în SEAP, autoritatea contractantă a adus la cunoștință, în fapt, modul în care se va derula contractul pe durata celor 12 luni, stabilite prin documentația de atribuire, în fișa de date la cap. II.2.7, respectiv 2 luni finalizare proiect, 1 lună organizare de șantier și 9 luni execuție lucrări.

După cum se poate observa, în DALI la pagina 40 este menționată la punctul 5.3 „Durata de realizare și etapele principale corelate cu datele prevăzute în **graficul orientativ** de realizare a investiției, detaliat pe etape principale”.

Prin urmare, este vorba despre un grafic orientativ, așa cum l-a și denumit elaboratorul DALI, datele din acestea putând fi modificate, lucru care s-a și întâmplat prin precizarea în mod clar de către autoritatea contractantă prin răspunsul consolidat care sunt termenele de realizare a contractului în decursul celor 12 luni cât este declarată durata contractului în fișa de date.

O perioadă mai lungă pentru execuția lucrării nu îl vatămă pe operatorul economic, autoritatea contractantă având dreptul de apreciere asupra acestor termene, luând în calcul de exemplu timp frigos.

De asemenea, este de reținut că în Graficul din DALI existent la pagina 41, grafic orientativ, potrivit informațiilor aduse la cunoștința operatorilor economici, luna 1 din anul I este dedicată activității de „Studii de teren + DALI” iar lunile 5 și 6 din anul I sunt activități necesare pentru „Desfășurarea procesului de achiziție publică pentru proiectul tehnic, vericator proiecte, diriginte de șantier și achiziția lucrărilor de execuție” și „Consultanță”, activități care nu fac parte din obiectul prezentei proceduri de atribuire, ci sunt necesare pentru derularea ei. **Astfel, din cele 15 luni care apar desfășurate în „Graficul orientativ”** excluzând cele 3 luni menționate anterior, durata contractului este, în fapt, de 12 luni așa cum s-a precizat în fișa de date a achiziției.

Astfel, având în vedere cele reținute anterior, Consiliul va respinge criticile formulate cu privire la acest răspuns contatând totodată că nu era necesară vreo corelare cu privire la informațiile din fișa de date a

achiziției și informațiile din DALI de la pagina 40-41, aceste din urmă informații având caracter „orientativ”, cum de altfel este și precizat.

Este criticat de asemenea și răspunsul autorității contractante de la solicitarea nr. 2 din răspunsul consolidat, arătând în susținerea caracterului nelegal al acestuia faptul că potrivit prevederilor legale, angajații sau colaboratorii unei persoane juridice nu au independență față de aceasta, astfel încât verificatorul să poată presta cu obiectivitate activitatea, verificând proiectele realizate de societatea cu care are raporturi de colaborare, în speță un raport de subcontractare.

Analizând prevederile legale relevante în speță cât și practica ce vizează acest aspect, Consiliul constată că toate reglementările în domeniul achizițiilor publice referitoare la acest aspect cât și reglementări aplicabile în domeniul contractului care face obiectul prezentei proceduri de atribuire conduc către concluzia că activitate privind verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție trebuie să fie o activitate desfășurată independent.

Consiliul constată că prin răspunsul consolidat, autoritatea contractantă a publicat următoarele clarificări:

„Solicitarea nr. 2

a) în fișa de date a achiziției, în cadrul evidențierii valorii estimate se regăsește subcap. 3.5.5 Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție. Având în vedere următoarele prevederi legale:

HG 907/2016 - Referatele de verificare a proiectului în conformitate cu legislația în vigoare, întocmite de verificatori de proiecte atestați, aleși de investitor

*Legea nr. 10 din 18 ianuarie 1995 (*republicată)*

Capitolul III Obligații și răspunderi/Secțiunea 1/Obligații și răspunderi ale investitorilor/Art. 22 lit. c) asigurarea verificării proiectelor prin specialist și verificatori de proiecte atestați, coroborat cu prevederile art. 26

Hotărârea 742/2018 pentru aprobarea Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate/ Art. 6 - (2) Verificarea tehnică a proiectelor se realizează potrivit legii, prin grija și responsabilitatea investitorului/proprietarului/administratorului, după caz, pe domenii/subdomenii de Construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile stabilite de proiectant/proiectanți și precizate în proiect.

(3) Verificatorul de proiecte este angajat al investitorului/proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de Construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile. Legea nr. 50/1991

Vă solicităm să ne clarificați dacă valoarea total estimată (6.837.965,99 lei, fără TVA) este cea corectă, având în vedere prevederile legale mai sus menționate; prin urmare există o situație de conflict de interese, întrucât angajații/colaboratorii unei persoane juridice nu au independent față de alți angajați ai aceleiași persoane juridice, așa încât verficatorul să poată presta obiectiv serviciul, să își desfășoare activitatea în condiții de obiectivitate, verificând proiectele realizate de societatea cu care are raporturi de colaborare.

Vă solicităm să aveți în vedere că această situație conduce la impunerea asocierii operatorilor economici, pentru a avea capacitatea de exercitare a activității profesionale, astfel încât să poată acoperi toate activitățile cuprinse în obiectul contractului, iar acest demers poate avea ca efect restrângerea accesului operatorilor economici la procedura de atribuire.

d) În cazul în care se consideră că valoarea estimată este cea corectă, cu includerea în totalul său a valorii subcap. 3.5.5. Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție, vă rugăm să clarificați, dacă în cazul verficatorilor de proiecte, care trebuie să fie obligatoriu terți față de cel ce realizează proiectul, ofertantul are dreptul să subcontracteze activitatea aferentă. Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție."

Răspuns solicitarea nr. 2 a) Valoarea totală estimată este cea corectă.

Pentru realizarea verificării tehnice de calitate, ofertanții vor putea subcontracta acest serviciu, astfel relația dintre aceștia nu va genera un conflict de interese, întrucât verficatorul nu este angajat/colaborator al ofertanților și poate să își desfășoare activitatea în mod obiectiv. Din punct de vedere al legislației achizițiilor publice, potrivit art. 59 din Legea nr. 98/2016 „în sensul prezentei legi, prin „conflict de interese” se înțelege orice situație în care membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect d) A se vedea răspunsul de la punctul a)."

Cu privire la răspunsul autorității „Pentru realizarea acestui serviciu, ofertanții vor putea subcontracta acest serviciu, astfel relația dintre aceștia nu va genera un conflict de interese, întrucât verficatorul nu este angajat/colaborator al acestuia ...”, contestatoarea precizează că trebuie avut în vedere că în conformitate cu prevederile legale ce guvernează domeniul achizițiilor publice subcontractantul este definit ca: „ - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului".

În analiza criticii, Consiliul are în vedere prevederile legale incidente relevante în speță, respectiv:

-HG nr. 925/1995, cu modificările ulterioare

Art. 5 „Specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016;

b) acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică”;

Art. 6 „(1) Verificarea tehnică a proiectelor se efectuează de către specialist/specialiști cu activitate în construcții atestat/atestați ca verificador/verificatori de proiecte, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor.

(2) Verificarea tehnică a proiectelor se realizează potrivit legii, prin grija și responsabilitatea investitorului/proprietarului/administratorului, după caz, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile stabilite de proiectant/proiectanți și precizate în proiect.

(3) Verificadorul de proiecte este angajat al investitorului/proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile”;

Art. 7 „(1) Verificadorul de proiecte îndeplinește, în condițiile legii, următoarele atribuții potrivit domeniului/domeniilor și/sau subdomeniului/subdomeniilor de construcții și/sau specialității/specialităților pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care a fost atestat: (...)

d) verifică documentele tehnice întocmite, după caz, pe parcursul execuției lucrărilor, de către proiectant/proiectanți, cu acordul scris al investitorului/proprietarului/beneficiarului/administratorului”;

Art. 8 „În conformitate cu prevederile art. 13 alin. (1), coroborate cu art. 26 alin. (1) și art. 30 din Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, potrivit domeniului/domeniilor și/sau subdomeniului/subdomeniilor de construcții și/sau specialității/specialităților pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care a fost atestat, verificadorul de proiecte:

a) nu poate verifica, semna și ștampila proiectul/proiectele întocmite de el, proiectul/proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectul/proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică;

b) răspunde în mod solidar cu proiectantul în ceea ce privește asigurarea nivelului de calitate a construcției/construcțiilor pentru realizarea cerințelor fundamentale aplicabile prevăzute în proiect, precum și pentru concordanța dintre soluția tehnică descrisă în memoriile tehnice pe specialități, tehnologia de execuție propusă pentru realizarea obiectivului de investiții și caietele de sarcini corespunzătoare, concordanță reflectată inclusiv în listele de cantități de lucrări din proiectul tehnic de execuție;

c) efectuează verificarea, din punct de vedere tehnic, a unei documentații tehnice/proiect numai pentru domeniul/domeniile și/sau subdomeniul/subdomeniile de construcții și/sau specialitatea/specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerinței/cerințelor fundamentale pentru care a fost atestat”.

Legea nr. 10/1995

Art. 13 „(1) Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verifikatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verifikatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică.

(2) Se interzice utilizarea proiectelor tehnice și a detaliilor de execuție neverificate în condițiile [alin. \(1\)](#) coroborat cu prevederile art. 5 [alin. \(2\)](#).

(3) Verificarea calității lucrărilor executate pentru realizarea construcțiilor și a intervențiilor la construcțiile existente, pentru care se emit, în condițiile legii, autorizații de construire sau de desființare, este obligatorie și se efectuează de către investitori prin diriginți de șantier autorizați, angajați ai investitorilor și prin responsabili tehnici cu execuția autorizați, angajați ai executanților”;

Art. 21 „Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice organizează atestarea tehnico - profesională a specialiștilor care desfășoară activitate în construcții - verifikatori de proiecte, experți tehnici, auditori energetici pentru clădiri - pe domenii/subdomenii de construcții și pe specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor prevăzute la art. 2 [alin. \(2\)](#), corespunzător cerințelor fundamentale, precum și confirmarea periodică privind exercitarea dreptului de practică al acestora”.

Art. 22 „Investitorii sunt persoane fizice sau juridice care finanțează și realizează investiții sau intervenții la construcțiile existente în sensul legii și au următoarele obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor: (...)

c) asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verficatori de proiecte atestați”;

Art. 23 „Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor: (...)

c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor **verficatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor**, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate”;

HG nr. 1/2018

Art. 4 „Prezentele prevederi, inclusiv cele din anexele nr. 1 și 2, se aplică cu respectarea întocmai a Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii 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, precum și a legislației în vigoare incidente, inclusiv în domeniul disciplinei și calității în construcții, care sunt prioritare”.

Anexa 2 – condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări – clauza 19.2

„**19.2.** Prevederile definite în continuare în prezenta subclauză se aplică pentru orice fază sau element de proiectare elaborat de către Antreprenor.

Antreprenorul va transmite Supervizorului documentația aferentă proiectului, verificată de către un verficator autorizat angajat de către Antreprenor, împreună cu o declarație privind conformitatea proiectului elaborat de el cu (i) caracteristicile imperative stabilite în Cerințele Beneficiarului, (ii) celelalte prevederi ale Cerințelor Beneficiarului și (iii) proiectul sau schița de proiect din Oferta tehnică. În cazul în care proiectul elaborat de către Antreprenor prezintă unele devieri sau diferențe față de Cerințele Beneficiarului sau față de proiectul sau schița de proiect din Oferta tehnică, altele decât diferențe sau devieri rezultând din erori identificate în Cerințele Beneficiarului și notificate de către Antreprenor, aceste diferențe sau devieri vor fi considerate a fi propuneri de Modificare inițiate de către Antreprenor în conformitate cu prevederile subclauzei 37.11”.

Prin urmare, în vederea asigurării independenței reale a verficatorului de proiect, conform Regulamentului aprobat prin HG nr. 925/1995, nu se impune ofertarea în cadrul aceluiași contract și a

serviciilor de verificare de proiecte în calitate de subcontractant a verificatorului de proiect. Relația de subcontractant dintre antreprenor și verificatorul de proiect este una de subordonare între cele două părți, situație în care sunt create toate premisele unui conflict de interese în detrimentul beneficiarului. Mai mult, legea impune, în mod clar, ca verificatorul să fie angajat de beneficiar, aspect care presupune selecția sa de către acesta. Nu este vorba de raport de muncă, așa cum eronat susține autoritatea contractantă, ci de orice raport prin care se angajează un prestator, inclusiv subcontractare.

Consiliul va reține de asemenea că în acest sens s-au pronunțat și instanțele de judecată, respectiv:

Decizia nr. 5640/26.06.2014 pronunțată de către Curtea de Apel Cluj: *„prin urmare există o situație de conflict de interese, întrucât angajații unei persoane juridice nu au independența față de alți angajați ai aceleiași persoane juridice, așa încât verificatorul să poată presta obiectiv serviciul, iar petenta nu poate susține că acești angajați în calitate de verificatori își vor desfășura activitatea în condiții de obiectivitate, verificând proiectele realizate de societatea cu care au raporturi de muncă **SAU COLABORARE.**”*

Decizia Civilă nr. 3137/2017 din 25.09.2017, pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul 628/33/2017, prin care s-a menținut Decizia Consiliului prin care s-a constatat faptul că *„între factorii implicați în verificarea calității proiectelor, există o incompatibilitate dacă sunt angajații/**colaboratorii** aceleiași entități”.*

Astfel, pentru toate considerentele avute în vedere mai sus, Consiliul va admite critica contestatoarei, răspunsul autorității contractante la Solicitarea nr. 2 fiind nelegal.

În acest context, Consiliul constată caracterul fondat și al criticii referitoare la valoarea estimată care cuprinde inclusiv serviciile privind verificarea de proiect, conform cap. II.1.4, punctul 3.5.5 – Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție – 15.000,00 lei, valoare care ar trebui eliminată.

O ultimă critică a contestatoarei se referă la *„CLAUZA SUSPENSIVĂ”* adusă la cunoștința operatorilor economici prin fișa de date a achiziției unde la cap. VI.3 Informații suplimentare, autoritatea contractantă a stabilit că:

„Procedura de atribuire/achiziție este inițiată sub incidența prezentei clause suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de încheierea contractului de finanțare în baza Programului național de investiții «Anghel Saligny», program coordonat de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației sau identificarea altor fonduri, astfel semnarea contractului făcându-se cu respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

Având în vedere dispozițiile Legii 98/2016 și HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Autoritatea Contractantă precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarant câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare în baza programului național de investiții «Anghel Saligny», program, coordonat de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației sau a altor fonduri dacă acestea sunt identificate.

În cazul în care, indiferent de motive, e o perioadă de 6 luni contractul de finanțare în baza programului național de investiții «Anghel Saligny», program, coordonat de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației nu se va semna și nu vor fi identificate alte fonduri, Autoritatea Contractantă, după primirea notificării cu privire la neacordarea finanțare, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza 2 din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că Autoritatea Contractantă nu poate fi considerate răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă Autoritatea Contractantă a fost notificată asupra existenței unui asemenea prejudiciu. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor special de mai sus/clauzei suspensive, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă.

Perioada maximă pentru care operează clauza suspensivă este de 6 luni”.

Totodată, Consiliul reține că, la secțiunea II.2.13 din fișa de date, Informații despre fondurile Uniunii Europene este menționat „NU”, astfel că procedura de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Prin punctul de vedere nr. 6462/30.12.2021 înregistrat la CNSC sub nr. 68424/30.12.2021, autoritatea contractantă a susținut astfel:

„Clauza suspensivă privind condiționarea încheierii contractului de achiziție publică de obținerea finanțării în cadrul programului național de investiții «Anghel Saligny» este o măsură de a proteja autoritatea contractantă, care nu are la dispoziție fonduri pentru lucrările de infrastructură, de riscul de a încheia contracte de lucrări fără finanțarea corespunzătoare.

Așa cum se menționează și în cadrul solicitării de clarificări înaintată chiar de contestatar, autoritatea contractantă face toate demersurile necesare pentru a îndeplini clauza menționată la art. 9 din NORMELE METODOLOGICE pentru punerea în aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 95/2021 pentru aprobarea Programului național de investiții « Anghel Saligny», organizând

procedura de achiziție publică pentru întocmirea contractului de realizare a proiectului tehnic și execuția lucrărilor. (...)

Această condiționare prevăzută în documentația de atribuire nu are un caracter discriminatoriu, ea fiind prevăzută de la început în documentația de atribuire.

În orice situație, oferta se întocmește pe cheltuiala și riscul ofertanților, aceștia participând la o procedură de achiziție publică în funcție de opțiunea proprie.

Această prevedere nu are rolul de a restricționa concurența, ci este expres menționată din motive de transparență și corectitudine”.

Analizând aspectele mai sus menționate, Consiliul constată că, așa cum a susținut și autoritatea contractantă prin punctul de vedere, procedura de atribuire a fost inițiată ca urmare înscrierii acestui obiectiv de investiții în Programul național de investiții „Anghel Saligny” derulat de către Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației, respectiv în „Lista cererilor de finanțare depusă de către UAT-uri, pentru Programul Național de Investiții Anghel Saligny”, la poziția 7076, după cum reultă din acest document publicat pe site-ul MDLPA.

Consiliul va reține că **OUG nr. 95/2021**, act normativ care reglementează modul de derulare a acestui program stabilește astfel:

- **Art. 1** „(1) Se aprobă Programul național de investiții „Anghel Saligny”, denumit în continuare program, coordonat de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației”;

- **Art. 4** „(1) **În cadrul programului se pot realiza obiective de investiții** care constau în realizarea de construcții noi sau de lucrări de construire, reconstruire, consolidare, reparație, modernizare, modificare, extindere, reabilitare, după caz, schimbare de destinație, protejare, restaurare, conservare la construcții existente și **care se încadrează în cel puțin una dintre următoarele categorii de investiții: (...)**

c) drumurile publice clasificate și încadrate în conformitate cu prevederile legale în vigoare ca drumuri județene, drumuri de interes local, respectiv drumuri comunale și/sau drumuri publice din interiorul localităților, precum și variante ocolitoare ale localităților”;

- **Art. 4, alin. (6) Se poate acorda finanțare** pentru obiectivele de investiții din categoria prevăzută la **alin. (1) lit. c)**, care se află pe amplasamente din interiorul localităților, unde:

a) au fost finalizate sistemele de alimentare cu apă și canalizare;

b) sunt în curs de realizare lucrările la sistemele de alimentare cu apă și canalizare;

c) nu pot fi realizate lucrările la sistemele de alimentare cu apă și/sau canalizare, având în vedere că acestea nu sunt viabile economic”.

Art. 6. - (1) În termen de 45 de zile de la intrarea în vigoare a normelor metodologice pentru punerea în aplicare a prezentei ordonanțe de urgență, beneficiarii depun cereri de finanțare la Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației, în format electronic, în

platforma digitală creată cu această destinație, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 38/2020 privind utilizarea înscrisurilor în formă electronică la nivelul autorităților și instituțiilor publice, sau în format hârtie, cu programare prealabilă disponibilă pe site-ul Ministerului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației. Modelul cererii de finanțare și documentele necesar a fi depuse în vederea includerii la finanțare se stabilesc prin normele metodologice. În vederea asigurării liberului acces la informațiile publice privind programul, pe site-ul oficial al Ministerului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației se creează o secțiune publică.

(2) În secțiunea publică prevăzută la alin. (1) se vor prezenta următoarele informații cu privire la obiectivele de investiții incluse în program: finanțarea asigurată de la bugetul de stat, termenul de execuție, prestatorii de servicii și/sau executanții de lucrări, stadiul fizic și financiar al obiectivelor de investiții. În vederea publicării datelor pe site-ul ministerului, **beneficiarii programului sunt obligați să introducă în platforma electronică toate informațiile și documentele necesare, sub sancțiunea neonorării solicitărilor de transfer.**

(3) Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației centralizează propunerile transmise conform alin. (1) și în baza criteriilor de prioritizare, precum și în limita creditelor de angajament, prevăzute în legea bugetară anuală, întocmește lista de obiective propuse spre finanțare, listă care se aprobă prin ordin al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și administrației, cu excepția listei de obiective propuse spre finanțare din categoria nominalizată la art. 4 alin. (1) lit. e), care se aprobă prin ordin comun al ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și administrației și al ministrului energiei”.

Ordin nr. 1333 din 21 septembrie 2021 privind aprobarea Normelor metodologice pentru punerea în aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 95/2021 pentru aprobarea Programului național de investiții „Anghel Saligny”, pentru categoriile de investiții prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a)-d) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 9/2021:

- **Art. 4 alin. (3) „Pentru categoria de investiții prevăzută la art. 4 alin. (1) lit. c) din ordonanța de urgență se pot finanta prin program toate lucrările necesare pentru construirea de infrastructură rutieră, a unui sau mai multor componente ale acesteia, precum și lucrările de intervenție la infrastructura existentă, prevăzute la art. 4 alin. (1) din ordonanța de urgență, cu excepția lucrărilor de întreținere și reparații curente”.**

Prin urmare, din informațiile din dosarul cauzei și cele publicate pe site-ul Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației rezultă doar că a fost înregistrată în „Lista cererilor de finanțare depusă de către UAT-uri, pentru Programul Național de Investiții Anghel Saligny” la

poziția 7076, obiectivul de investiții „MODERNIZARE STRĂZI ÎN ..., JUDEȚUL ...”, fără, însă, a primi aprobarea de finanțare.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține că, autoritatea contractantă a organizat prezenta procedură de atribuire fără să identifice concret sursa de finanțare a respectivului contract de proiectare și execuție, ci a invocat faptul că a inițiat această procedură întrucât a depus o cerere de finanțare pe „*Lista cererilor de finanțare depusă de către UAT-uri, pentru Programul Național de Investiții Anghel Saligny*”.

Însă, Consiliul constată că potrivit prevederilor legale citate anterior, cererea poate fi aprobată, dar în egală măsură, ar putea fi respinsă.

Faptul că, există riscul ca cererea sa de finanțare pentru acest obiectiv de investiții să fie respinsă este dovedit de propriile afirmații din răspunsul la solicitarea de clarificări și punctul de vedere, atunci când arată că „*va încerca să identifice și alte fonduri în afara Programului național de investiții «Anghel Saligny»*”.

Potrivit prevederilor art. 43 alin. (9) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice se instituie regula conform căreia „*În programul de investiții publice vor fi introduse **doar acele obiective/proiecte** sau categorii de investiții noi **a căror finanțare poate fi asigurată integral**, conform documentațiilor tehnico-economice aprobate, în limitele de cheltuieli stabilite potrivit cadrului de cheltuieli pe termen mediu și/sau strategiei fiscal-bugetare aprobate potrivit Legii nr. 69/2010, cu excepția obiectivelor/proiectelor sau categoriilor de investiții a căror finanțare este asigurată din fonduri externe nerambursabile, precum și din fonduri externe rambursabile*”.

Din interpretarea normei juridice anterior menționată, Consiliul reține că autoritatea contractantă avea dreptul să includă în programul de investiții publice și implicit să inițieze procedura pentru modernizarea străzilor comunale numai dacă putea să asigure integral finanțarea acestui obiectiv deoarece singura excepție permisă de norma juridică anterioară respectiv aceea în care obiectivul ar fi fost finanțat din fonduri externe este infirmată de prevederile cap. II.2.13 din fișa de date în care autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene. În acest sens Consiliul va reține ca relevante prevederile art. 12 alin. (3¹) din OUG nr. 40/2015 potrivit cărora „*Ordonatorii de credite prevăzuți la [art. 7](#) pot lansa proceduri de achiziție publică cu clauză suspensivă, în baza fondurilor cuprinse în bugete proprii potrivit art. 11 [alin. \(4\)](#)*”, or, prezenta procedură de atribuire nu este finanțată din fonduri europene, conform cap. II.2.13 din fișa de date.

Consiliul reține că modalitatea în care a conceput autoritatea contractantă prezenta procedură de atribuire, condiționând încheierea contractului de obținerea finanțării necesare și deci de includerea în

bugetul autorității contractante a creditelor de angajament și a creditelor bugetare aferente, nu este conformă cu prevederile Directivei 2014/24/UE și nici cu prevederile legislației privind finanțele publice.

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.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care statuează regula conform căreia *„autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”*.

De la această regulă, prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016 instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se situația neîndeplinirii condiției suspensivă.

Din interpretarea textelor legale mai sus indicate, Consiliul reține că autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se opțiunea anulării urmare a neîndeplinirii unei clauze suspensive.

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) teza a 2-a din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire *„(..) dacă este imposibilă încheierea contractului”* trebuie interpretată în contextul anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece lipsa/absența sursei de finanțare nu era doar previzibilă, ci era chiar certă la data inițierii procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă 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 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.

Potrivit paragrafului 46 din hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-451/08 Herman Müller, *„Noțiunea de contract este esențială în cadrul*

definiției domeniului de aplicare al Directivei 2004/18. După cum se menționează în considerentul (2) al directivei amintite, aceasta are ca obiect aplicarea normelor de drept ale Uniunii în cazul atribuirii contractelor încheiate în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public”.

Condiționarea încheierii contractului de achiziție publică prin stabilirea unei condiții suspensive generice, cum este identificarea sau obținerea finanțării, este susceptibilă să implice un grad semnificativ de subiectivitate a autorității contractante, care poate avea, prin acțiunea sau inacțiunea sa, un rol decisiv în finalizarea cu succes a procedurii de obținere a finanțării, în condițiile în care o astfel de procedură implică de regulă un număr mare de pași și documente care trebuie realizați sau întocmite de autoritatea contractantă. Or, o autoritate contractantă nu poate include într-o procedură de atribuire elemente care i-ar conferi un drept de alegere de a încheia sau nu contractul respectiv.

Mai mult, întrucât contractul de achiziție publică este prin definiție un contract cu titlu oneros, prin care autoritatea contractantă își asumă obligația de a plăti prețul pentru bunurile, lucrările sau serviciile pe care le dobândește prin contractul respectiv, existența și disponibilitatea fondurilor necesare pentru plata prețului reprezintă un element esențial al contractului. În conformitate cu prevederile în materia finanțelor publice, contractul, care este un angajament legal în termenii art. 4 alin. (4) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia *„(4) Angajarea cheltuielilor peste creditele de angajament și utilizarea creditelor bugetare în alte scopuri decât cele aprobate atrag răspunderea celor vinovați, în condițiile legii”*, nu poate fi încheiat în absența creditelor de angajament și a creditelor bugetare aferente, incluse în bugetul autorității contractante.

Prevederile legislației din domeniul finanțelor publice care condiționează încheierea contractelor, ca angajamente legale, de existența fondurilor disponibile, deci a creditelor de angajament și a creditelor bugetare incluse în bugetul entității publice care își asumă obligația de plată, este o reflectare a art. 138 alin. (5) din Constituția României, potrivit căruia *„Nicio cheltuială bugetară nu poate fi aprobată fără stabilirea sursei de finanțare”*.

Potrivit prevederilor legale anterior menționate, finalitatea procedurii de atribuire constă în încheierea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă neavând dreptul să folosească în mod impropriu procedurile de atribuire doar în scopul consultării pieței, deoarece demersurile efectuate de către operatorii economici în vederea depunerii ofertelor implică costuri pe care aceștia se așteaptă să le recupereze din derularea contractului pe care autoritatea contractantă are obligația conform art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 să îl încheie cu ofertantul desemnat câștigător.

Prin urmare, în situația în care dorea doar o simplă consultare a pieței, fără să-și asume obligația încheierii unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă avea posibilitatea să aplice prevederile art. 139 – 140 din Legea nr. 98/2016 și nu să utilizeze în mod impropriu procedura de atribuire, lipsind operatorii economici interesați de finalitatea așteptată, respectiv de contractul de achiziție publică.

Organizarea procedurii de atribuire implică costuri nu doar pentru operatorii economici ci și pentru autoritatea contractantă, cum ar fi salariile personalului propriu care a elaborat documentația de atribuire, costuri pentru procurarea serviciilor de consultanță, plata experților cooptați etc., toate aceste costuri trebuind să aibă, conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, finalitate concretă constând în achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială, rigori care nu sunt respectate în cadrul prezentei proceduri de atribuire deoarece ... nu și-a asumat ca finalitate a procedurii obligația încheierii contractului de achiziție publică, în deplină cunoștință a lipsei sursei de finanțare pe care a înlocuit-o în mod nelegal cu o clauză suspensivă.

Prin urmare, Consiliul constată că modalitatea nelegală în care a fost organizată prezenta procedură de atribuire este rezultatul confuziei autorității contractante cu privire la modalitatea de derulare a investițiilor pentru care nu are, în fapt, nicio sursă de finanțare identificată pentru executarea contractului de achiziție publică, context în care criticile contestatorului privind inițierea nelegală a procedurii de atribuire în lipsa sursei de finanțare și stabilirea clauzei suspensive vor fi admise.

Având în vedere faptul că, prin lipsa sursei de finanțare a contractului nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul va admite contestația iar în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 va dispune anularea acesteia, conform considerentelor de mai sus.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

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

Redactată în 4 exemplare, conține 23 (douăzecișitri) pagini.