



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 100/C1/2831

Data: 15.01.2021

Prin contestația nr. 90/15.12.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 55418/15.12.2020, formulată de SC SRL cu sediul în, str., jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin, împotriva documentației de atribuire (fișa de date a achiziției), elaborată de către, cu sediul în, str. Principală, nr. 1, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect: „Servicii de proiectare faza (PT+DE și asistență tehnică de specialitate din partea proiectatului pe perioada de execuție) și execuție lucrări pentru realizarea obiectivului: Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în, Județul” cod CPV 45233120-6, s-a solicitat:

- în principal, anularea în parte a actului contestat:

- respectiv în ceea ce privește pct. II.2.5) Criterii de atribuire, în sensul eliminării factorului de evaluare „EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERTI”;

- și în ceea ce privește pct. II.2.14 Informații suplimentare - Clauza suspensivă;

- în subsidiar, în cazul în care Consiliul va considera că soluția eliminării doar a acestor elemente din Fișa de date nu este posibilă, solicită anularea procedurii.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că CNSC s-a pronunțat deja într-o altă cauză ce avea ca obiect o fișă de date identică cu cea contestată în prezentul litigiu și a făcut obiectul dosarului nr. 2472/2020 fiind dispusă admiterea contestației și anularea procedurii.

Prin prezenta contestație, contestatorul dorește să supună atenției Consiliului o practică recentă a unor autorități contractante, practică ce vizează stabilirea unor factori de evaluare cu totul disproporționați față de interesul urmărit.

În susținere invocă mai multe fișe de date în cadrul cărora pentru factorul de evaluare „experiența echipei de experți” s-a stabilit același quantum respectiv 25% = 25 puncte, indiferent de valoarea sau importanța lucrărilor de proiectare ce urmează a fi realizate în contract.

Un aspect relevant în opinia sa în soluționarea contestației este faptul că expertul cooptat de către autoritatea contractantă pentru a superviza și organiza achiziția publică este domnul și firma Susține că această firmă de consultanță este implicată în foarte multe proceduri de achiziție, aceasta fiind explicația pentru care există numeroase fișe de date de achiziție identice, de la autorități contractante diferite, din județe diferite.

Contestatorul precizează că nu dorește să critice necesitatea introducerii unui asemenea criteriu de departajare, din contră apreciază că este util, în schimb ceea ce dorește a fi analizat este faptul că autoritatea contractantă îi atribuie o importanță mult prea mare față de ponderea lucrărilor de proiectare din totalul valorii contractului de achiziție publică (de obicei sub 5% din valoarea contractului).

Cu titlu prealabil, amintește faptul că obiectul procedurii de atribuire este acela al atribuirii unui contract pentru proiectarea și modernizarea unor drumuri sătești, de o clasă tehnică inferioară și de o categorie de importanță scăzută.

Astfel, arată că potrivit pct. III.2.5) Criterii de atribuire: „Cel mai bun raport calitate – preț”, pentru factorul de evaluare „EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERTI”, Componenta tehnică, autoritatea contractantă a precizat un punctaj de 25% cu următorul algoritm de calcul:

„Se punctează cu maxim 5 pct. experiența deținută de fiecare expert-cheie: a) Șef echipă proiectare - inginer CFDP b) Inginer 1 proiectant CFDP c) Inginer 2 proiectant CFDP d) Inginer geodez e) Inginer topometrist Algoritm de calcul: Pentru fiecare expert- cheie se acordă maxim 5 puncte în funcție de experiența în numărul de proiecte în care au fost implicați și în care au derulat același tip de activități. Spre exemplu, pentru echipa de experți pot fi avuți în vedere următorii sub factori: a) pentru experiența constând în implicarea între 0-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv; b) pentru experiența constând în implicarea între 11-20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/2 din punctajul maxim alocat expertului respectiv; c) pentru experiența constând în implicarea în peste 20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă punctajul maxim alocat expertului respectiv. Suma punctajelor maxime alocate experților cheie trebuie să se încadreze în punctajul maxim alocat factorului de evaluare „Experiența echipei de experți” (25 %). Notă: Experiența în raport cu care vor fi alocate punctajele nu va constitui cerință minimă a caietului de sarcini. La nivelul strategiei de contractare se vor preciza care sunt cerințele minime aferente experților care constituie factori de evaluare. Pentru îndeplinirea cerinței, ofertanții vor prezenta: - pentru Șef echipă proiectare - inginer CFDP și ingineri = recomandări, lista de semnături sau foi de capăt, diploma inginer CFDP, CV - pentru Inginer geodez și Inginer topometrist = recomandări, foaie de capăt, diploma de studii superioare pentru calificarea solicitată, CV”.

Prin urmare, așa cum rezultă din factorul de evaluare mai sus menționat, autoritatea contractantă a stabilit că 25 de puncte din totalul de 100 urmează a fi acordate ofertantului care prezintă 5 experți cheie care au un număr de peste 20 de contracte sau proiecte similare cu cel ce face obiectul procedurii.

În justificarea eliminării din cadrul Fișei de date a cerinței privind echipa de experți contestatorul invocă dispozițiile art. 187 alin. 5 lit. b) din Legea nr. 98/2016, art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016, precum și cele ale art. 10 din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017.

Având în vedere prevederile legale mai sus redate, contestatorul susține că stabilirea unui criteriu privind experiența echipei de experți atât de disproportionat față de lucrarea concretă ce urmează a fi executată are drept consecință distorsionarea rezultatului procedurii, și

va crea un avantaj nejustificat unei anumite categorii de ofertanți care pot prezenta personal - cheie cu experiență în peste 20 de contracte similare.

O altă critică cu privire la acest factor de evaluare este cea a numărului de puncte ce a fost atribuit acestui criteriu, respectiv consideră că este disproporționată măsura stabilirii unui punctaj maxim de 25 de puncte pentru experții ce se vor ocupa de faza de proiectare.

Așa cum arăta anterior, în cadrul prezentului contract, lucrările de proiectare au o valoare mult inferioară față de valoarea lucrărilor de execuție de lucrări.

Astfel, lucrările de proiectare sunt estimate a fi la valoarea de 396.500 lei, sumă ce se compune din:

- Cap 3.5.6 = 345.000,00 lei,
- Cap 3.8.1 = 51.500,00 lei (Cap 3.8.1.1 - 34.500,00 lei + Cap 3.8.1.2 - 17.000,00 lei).

Valoarea estimată a contractului de achiziție publică este în cuantum de 18.754.337,99 lei fără TVA.

Prin urmare, rezultă că valoarea proiectării în prezentul contract de achiziție publică reprezintă un procent de 4,6 %.

Consideră că nu se poate găsi nicio explicație tehnică pentru care autoritatea contractantă să considere că trebuie să acorde 25 de puncte pentru experiența personalului cheie care se va ocupa în mod preponderent de execuția lucrărilor de proiectare. Mai mult, nici din punct de vedere al timpului în care aceștia sunt implicați în proiect nu se justifică acordarea unui punctaj atât de mare. Propriu-zis, experții cheie

vor fi implicați doar la începutul execuției contractului de achiziție publică, respectiv în prima lună atunci când se va realiza proiectul de execuție.

Tot cu privire la cuantumul ridicat al punctajului, contestatorul arată că ANAP în Instrucțiunile pentru ofertanți PNDR 2014-2020 a prezentat un model cu privire la fișele de date ce au ca criteriu de atribuire cel mai bun raport calitate-preț.

Chiar dacă are doar valoarea unei recomandări, se poate observa faptul că în cuprinsul acestui exemplu, ANAP a arătat că punctajul maxim ce poate fi acordat pentru experții cheie este de 15%.

Astfel, concluzionează faptul că există o disproporție vădită între valoarea procentuală a activității de proiectare din totalul valorii estimate a contractului și valoarea procentuală din totalul punctajului ce poate fi obținut de către ofertant.

O altă critică ce dorește a fi analizată de către Consiliu vizează numărul de contracte solicitat de către autoritatea contractantă pentru ca ofertantul să obțină punctajul maxim.

Așa cum se poate observa din cuprinsul algoritmului de calcul, ofertantul ce deține un expert cheie care a fost implicat în peste 20 de contracte asemănătoare va primi punctajul maxim.

Cele trei grade de departajare sunt:

4. între 0-10 proiecte/contracte – 1/4 din punctajul maxim;
5. între 11 - 20 proiecte/contracte – 1/2 din punctajul maxim;
6. peste 20 de proiecte/contracte - punctajul maxim.

Contestatorul susține că există un dezechilibru între cele trei categorii de departajare.

Propriu-zis, ofertantul care deține un expert - cheie cu 0 proiecte va primi același punctaj cu ofertantul care a prezentat un expert - cheie cu 10 proiecte, situație evident inechitabilă și disproporționată.

Cu privire la acest aspect face din nou trimitere la Instrucțiunile pentru ofertanți PNDR 2014-2020 unde ANAP stabilește o scară de departajare mult mai bine echilibrată, respectiv:

„a) pentru experiența constând în implicarea între 2 - 4 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

b) pentru experiența constând în implicarea între 5 - 7 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 14 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

c) pentru experiența constând în implicarea în peste 7 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă punctajul maxim alocat expertului respectiv.”

Prin această modalitate, este eliminată posibilitatea de a obține puncte pentru acei experți - cheie care nu prezintă implicare sau experiență în vreun proiect similar.

Un alt aspect important în opinia sa este și acela al numărului mare de proiecte similare.

Din punctul său de vedere, realizarea proiectării pentru această categorie de lucrări nu prezintă un grad ridicat de dificultate, spre deosebire de cele județene sau naționale, deci nu se poate justifica necesitatea unui expert cu implicare în 20 de proiecte similare.

Totodată, susține că nu se specifică nimic cu privire la valoarea contractelor la care expertul - cheie a fost implicat. Or, de ordin ipotetic, pot fi prezentate 21 de proiecte a căror valoare individuală să fie de 1.000 de lei, însă acest expert - cheie urmează a primi punctajul integral. De vreme ce, un expert cheie cu un singur proiect de o valoare de peste 500.000 de lei urmează a primi doar 1/4 din punctajul maxim.

În opinia sa, o delimitare doar cantitativă între experții - cheie nu poate conduce în mod automat la concluzia că un expert cu un număr ridicat de proiecte în care a fost implicat va realiza o lucrare de proiectare la un standard mai ridicat decât un alt expert care a participat la mai puține proiecte.

Contestatorul consideră că, numărul ridicat de contracte pentru care se acordă punctajul maxim nu se corelează cu alte prevederi din Fișa de date contestată, respectiv la capitolul ce vizează dovada capacității tehnice și/sau profesionale unde se menționează: „Ofertantul trebuie să fi prestat în ultimii 3 ani, în cadrul a maxim 3 contracte, a căror valoare cumulată să fie cel puțin egală cu 345.000 lei, exclusiv TVA”.

O altă critică a contestatorului privește eliminarea clauzei suspensive prevăzută la pct. II.2.14 Informații suplimentare din Fișa de date a achiziției, respectiv: „Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este

inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, ... în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”.

Cu privire la acest aspect contestatorul arată că prin Notificarea nr. 256/2016 emisă de către ANAP au fost prevăzute următoarele: „Atenție la inițierea unei proceduri de achiziție publică cu clauză suspensivă” care prevede încheierea contractului numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare - această clauză nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art. 143 din HG nr. 395/2016 stabilește obligația AC de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”.

De asemenea, arată că aceeași atenționare este reluată și în Circulara transmisă de către Ministerul Fondurilor Europene în anul 2019, prin adresa nr. 60508/CB/07.08.2019.

Prin urmare, contestatorul susține că ambele adrese transmise de către cele două instituții abilitate în domeniul achizițiilor publice arată că este obligatorie demararea unor demersuri pentru obținerea finanțării, anterior momentului publicării anunțului privind achiziția publică.

Având în vedere cele prezentate contestatorul solicită Consiliului să pună în vedere autorității să depună la dosar demersurile ce au fost realizate de către aceasta pentru obținerea finanțării necesare derulării contractului de achiziție publică.

Cum obținerea finanțării depinde în mare măsură de diligențele ce au fost depuse de către autoritate și ce vor fi depuse de aceasta, consideră că se dă posibilitatea autorității de a sta în pasivitate și de a refuza în mod indirect semnarea contractului de achiziție publică,

atitudine interzisă expres de dispozițiile art. 145 din Normele metodologice date în aplicarea Legii nr. 98/2016.

Totodată, consideră că mențiunea din cadrul fișei de date s-ar transforma într-o veritabilă condiție pur potestativă, îndeplinirea condiției depinzând în mod exclusiv de voința debitoarei obligației de a semna contractul. Or, potrivit art. 1403 din NCC o astfel de condiție suspensivă nu produce niciun efect.

De asemenea, susține că o astfel de clauză prezintă și un alt inconvenient, unul de ordin practic. Incertitudinea cu privire la momentul semnării contractului are în mod evident consecințe și cu privire la momentul de la care vor începe lucrările. Această incertitudine face ca eventualul executant să nu poată anticipa perioada în care urmează a se executa contractul (anotimpul, condițiile meteo etc.), precum nu poate anticipa zilele de sărbătoare legală.

Or, în opinia sa aceste aspecte sunt relevante pentru transmiterea unei oferte și pentru stabilirea unui termen de execuție.

Având în vedere cele prezentate contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin corespondența, înregistrată la Consiliu sub nr. 56272/18.12.2020, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206708174/1, tranzacția: 1038592107/1819901058 din data de 16.12.2020, emisă de CEC Bank – sucursala, în valoare de 35.000,00 lei.

Prin adresa nr. 2172/22.12.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 58449/30.12.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere

asupra contestației și dosarul achiziției solicitând respingerea parțială a acesteia ca nefondată.

Înainte de a discuta fondul problemei, autoritatea contractantă precizează că a procedat din oficiu la suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației, pentru a nu prejudicia nici un potențial ofertant care ar depune o ofertă, în condițiile în care Consiliul ar hotărî că documentația nu este una legală, urmând a fi remediată.

Referitor la motivele ce au stat la baza contestației înaintate, autoritatea ține să precizeze faptul că motivele criticate nu contrazic prevederile legale în materie, acest gen de clauză suspensivă fiind verificată și aprobată inclusiv de către ANAP, în exercitarea funcției sale de control privind documentațiile de atribuire în proceduri „identice” pentru a îl cita pe contestator.

De asemenea consideră că este irelevant faptul că un expert cooptat participă în cadrul a mai multe proceduri de atribuire, societatea de consultanță la care se face referire având acest obiect de activitate ca fiind activitatea principală.

În privința criticii aduse factorului de evaluare „experiența echipei de experți”, căreia autoritatea contractantă i-a alocat un procent de 25% și un număr ridicat de participări în contracte ce au avut obiect prestarea de servicii similare, ca și importanță în cadrul criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate-preț, ține să precizeze faptul că acesta este unul cât se poate de legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare.

Astfel, prin acest criteriu, deși se cere ca echipa de proiectare să fie compusă din minim 5 membri, specialiști în domeniul CFDP, geodeliei și topografiei, criteriu pe care ofertantul îl consideră nelegal, autoritatea ține să precizeze faptul că acesta este în deplină concordanță cu prevederile instrucțiunii 1/2017 emisă de ANAP și cu realitatea din domeniul proiectării și construcției de drumuri.

Așadar, înainte de a explica importanța alocării unui procent de 25% din totalul de 100% al criteriului de atribuire, strict pentru experiența echipei de proiectare, punctaj ce poate fi obținut prin dovedirea participării într-un număr semnificativ de proiecte în care a prestat servicii similare, autoritatea ține să precizeze faptul că instrucțiunea mai sus menționată are caracter de îndrumare pentru autoritățile contractante, nu de obligativitate în aplicarea ei.

Prin alegerea acestui factor de evaluare, în cadrul căruia a solicitat un număr de minim 5 experți cheie ce vor presta serviciile de elaborare a proiectului tehnic și vor asigura asistența tehnică din partea proiectatului, autoritatea susține că nu a urmărit decât ca elaboratorul documentației tehnico-economice să fie unul capabil, care a realizat în trecut un număr suficient de mare de proiecte similare și care va putea să livreze o documentație corectă, care să poate fi ușor transpusă în operă, fără a suferi modificări substanțiale de la faza de documentație la faza de execuție, sau în timpul execuției.

Prin stabilirea ca și clase în funcție de care se acordă punctajul a unui număr de trei situații în funcție de care se va acorda punctajul/expert respectiv:

„a) pentru experiența constând în implicarea între 1-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

b) pentru experiența constând în implicarea între 11-20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/2 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

c) pentru experiența constând în implicarea în peste 20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă punctajul maxim alocat expertului respectiv”.

Autoritatea contractantă susține nu a făcut nimic altceva, decât să se asigure de faptul că ofertanții ce vor participa în cadrul acestei proceduri, vor da dovadă de un real profesionalism și își vor alege asociatul proiectant unul care va putea fi în stare să elaboreze încă de la început un proiect coerent, adaptat situației din teren și în concordanță cu DALI-ul înaintat.

Mai mult, autoritatea contractantă susține că alegerea ca și experți minim solicitați și cu o experiență vastă, a unui șef de proiect inginer CFDP, a doi ingineri proiectanți CFDP și a unui inginer geodez și unul topometrist, este una logică și în concordanță cu prevederile legale, respectiv art. 187 alin. 5 litera b) unde se precizează că: „organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să

aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului”.

Autoritatea contractantă precizează că elaborarea unei documentații tehnico-economice, se realizează de către o echipă de specialiști, fiecare din domenii diferite, iar studiile elaborate de aceștia, duc ca și finalitate la întocmirea unui proiect tehnic, proiect ce nu ar putea fi elaborat conform prevederilor în vigoare decât pe baza studiilor separat întocmite și conlucrării acestora. Astfel inginerul topometrist elaborează studiul topografic, studiu unde sunt reanalizate din punct de vedere al lungimii și lățimii străzile ce vor fi modernizate; inginerul geodez elaborează studiul geotehnic pe baza căruia se poate valida sau nu în funcție de situația de la momentul întocmirii, soluția tehnică aleasă prin expertiza de la faza DALI; inginerii CFDP corelează datele studiului topografic și geotehnic și îl transpun într-o soluție viabilă și cât mai bună raportată la calitate-preț din punct de vedere al execuției, în timp ce șeful de proiect, inginerul CFDP, coordonează toată activitatea acestora precum și a restului de specialiști dar a căror importanță nu este semnificativă, pentru a se realiza o documentație tehnico- economică de calitate.

În situația în care contestatorul considera că această lucrare nu prezintă un „grad înalt de complexitate”, autoritatea contractantă precizează că nu vede impedimentul care i-ar fi impus acestuia printr-un astfel de criteriu, pe care cu siguranță îl va putea îndeplini la nivelul său maxim, pentru a beneficia de cele 25 de puncte acordate factorului de evaluare.

În ceea ce privește invocarea de către ofertant a prevederilor instrucțiunilor pentru ofertanți PNDR 2014-2020, autoritatea contractantă ține să precizeze faptul că acestea au rol de model, informare asupra modului în care autoritățile contractante ce derulează proiecte finanțate prin AFIR (PNDR 2014-2020), respectiv fonduri europene, vor trebui să își elaboreze documentațiile de atribuire, nicidecum un caracter general și obligatoriu aplicabil tuturor procedurilor de atribuire indiferent de sursa finanțării lor, cum încearcă contestatorul să inducă.

Mai mult, consideră că contestatorul se afla în eroare, dat fiind faptul că probabil a încurcat fișele de date contestate, fie din grabă, fie voit, în ceea ce privește numărul de contracte ce sunt necesare îndeplinirii pentru punctajul maxim a criteriului de evaluare contestat. Astfel că atât în fișa de date cât și în strategia de contractare (anexata ca și parte a dosarului de atribuire) se poate observa cu ușurință că nu există ca prim prag „între 0-10 proiecte/contract – 1/4 din punctajul maxim” , ci primul prag este a) pentru experiența constând în implicarea între 1-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

Ori, critica conform căreia „ofertantul care deține un expert cheie cu 0 proiecte va primi același punctaj cu ofertantul care a prezentat un

expert-cheie cu 10 proiecte” este, în opinia sa una total nefondată. Mai mult, arată că numărul minim de 1 proiect este în concordanță cu cerințele caietului de sarcini, unde se solicită ca experții cheie pentru a putea fi punctați, să fi participat în cadrul a minimum 1 proiect similar.

Autoritatea contractantă precizează faptul că indicarea clauzei suspensive, pe care contestatorul o reclamă, are rolul de a informa „potențialii ofertanți”, despre faptul că la momentul publicării pe SICAP a procedurii, investiția nu beneficiază de o finanțare totală, aceasta urmând a fi obținută în viitorul apropiat, nefiind una ipotetică, pentru că în cazul în care ar fi efectuat verificări suplimentare, cum de altfel a și făcut dar cu referire la detalii ce nu țin de procedura în cauză (respectiv calitatea expertului cooptat și numărul de proceduri în care acesta participă), ar fi observat cu ușurință că prezenta procedură are la bază includerea deja pe lista sinteză de finanțare, de la nivelul Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean.

Prin urmare, referitor la finanțare, autoritatea contractantă susține că aceasta se va realiza în viitorul apropiat, deja fiind inclus în strategia de dezvoltare a CNI. Mai mult, arată că în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală, legalitatea publicării anunțului de participare simplificat fiind una veridică. Clauza suspensivă ca și scop, are rolul de a accelera implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind de fapt unul ce ar fi trebuit a fi făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către CNI a includerii

proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractante, care la momentul semnării contractului de finanțare va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică, sau va fi aproape de finalizarea ei, practic câștigându-se timp în implementarea proiectului, acesta urmând a fi unul de actualitate la momentul implementării lui și cu o încadrare cât mai reală în costurile estimate și valoarea finanțată. În cazul în care dacă s-ar aștepta încă 12 luni spre exemplu pentru a se semna finanțarea, urmate de alte luni pentru parcurgerea procedurii de atribuire, nu ar fi decât în detrimentul atât al constructorului cât și al beneficiarului, prin prisma costurilor suplimentare ce vor surveni pe această perioadă.

Mai mult autoritatea susține că societatea contestatoare nu invocă altceva decât legislație neoficială, unde chiar și aceasta nu interzice introducerea unei clauze suspensive, ci doar recomandă. În ceea ce privește nelegalitatea unei astfel de clauze, ofertantul invoca o circulară a Ministerului Fondurilor Europene, document nepublicat în monitorului oficial, de care inclusiv autoritățile contractante ar fi obligate să țină cont.

Astfel având în vedere că nu există o interdicere expresă dată de legislație, prin care o autoritatea contractantă care deja are prins în planul de achiziții și în buget o investiție, pentru care încă nu are finanțarea totală, dar a efectuat deja primii pași spre aceasta, fiind în linie dreaptă pentru semnarea contractului, să i se interzică a publica un anunț de participare privind obiectivul în discuție, consideră că afirmațiile ofertantului nu pot fi luate în calcul, iar capătul său de cerere trebuie să fie respins, neavând suportul legal pe care să se bazeze.

Nu în ultimul rând, precizează că nici autoritatea contractantă, nici ofertantul ce va fi declarat câștigător, nu va semna până la momentul semnării contractului de finanțare, contractul de proiectare și execuție aferent procedurii în cauză, clauza suspensivă având rolul de a preveni orice litigiu ce ar putea interveni în situația în care finanțarea nu s-ar mai obține.

Pentru a răspunde solicitării SC SRL, autoritatea contractantă depune atașat prezentului punct de vedere, documente despre care susține că stau la baza solicitării de finanțare deja înaintate către Compania Națională de Investiții SA, documente transmise și în urma cărora investiția a fost inclusă în programul mai sus menționat și se află în prezent pe lista sinteză a Companiei.

Mai mult, autoritatea arată că o astfel de clauză suspensivă, a fost introdusă de o altă autoritate contractantă și validată de către ANAP, prin compartimentul său de verificare, înainte de a fi publicată, valoarea investiției fiind una ce depășea pragul valoric deci utilizându-se procedura deschisă, proceduri obligatoriu verificate de ANAP încă dinaintea publicării documentației de atribuire.

În concluzie, solicită Consiliului să respingă parțial pe fond contestația înaintată de SC SRL, conform celor menționate în prezentul punct

de vedere, cu menținerea factorului de evaluare al experienței echipei de experți, acesta fiind unul legal, urmând ca să adopte măsurile de remediere necesare referitoare la erorile materiale constatate, ce vor fi duse la îndeplinire prin emiterea unei erate și/sau clarificări din oficiu acolo unde erata nu este posibilă și prelungirea perioadei de depunere a ofertelor.

În cazul în care se va admite prezenta contestație în totalitatea ei, va proceda conform deciziei ce va fi emisă, urmând a modifica documentația de atribuire în deplină concordanță cu concluzia Consiliului. Consideră că anularea procedurii nu este una benefică, atât timp cât cele constatate pot fi remediate pe calea clarificărilor din oficiu și a eratelor, cu o prelungire a perioadei de depunere a ofertelor, în cazul în care se vor constata abateri de către Consiliu.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect: „Servicii de proiectare faza (PT+DE și asistență tehnică de specialitate din partea proiectatului pe perioada de execuție) și execuție lucrări pentru realizarea obiectivului: Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în, Județul" cod CPV 45233120-6, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat SCN1080082/14.12.2020. Criteriul de atribuire ales este: cel mai bun raport calitate-preț.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de prevederile documentației de atribuire, despre care susține că nu ar respecta prevederile legale.

Analizând, pentru început, criticile contestatorului privind clauza suspensivă, Consiliul reține că, la secțiunea „II.2.14 Informații suplimentare” din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul [...../00012] FisaDate_DF1102373.pdf” intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

„Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, ... în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”.

Totodată, Consiliul reține că, la secțiunea II.2.13 din fișa de date, autoritatea contractantă a precizat 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. 2150/21.12.2020 înregistrat la CNSC sub nr. 58449/30.12.2020, autoritatea contractantă a precizat că „(...) prezenta procedură are la bază includerea deja pe lista sinteză de finanțare, de la nivelul Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean. Deci, referitor la finanțare, aceasta se va realiza în viitorul apropiat, deja fiind inclus în strategia de dezvoltare a CNI. Mai mult decât atât, în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală, legalitatea publicării anunțului de participare simplificat fiind una veridică. Clauza suspensivă ca și scop, are rolul de a accelera de fapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind de fapt unul ce ar fi trebuit a fi făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment,

ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractate, care la momentul semnării contractului de finanțare va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică sau va fi aproape de finalizarea ei, practic câștigându-se timp în implementarea proiectului (...). În cazul în care s-ar aștepta încă 12 luni spre exemplu pentru a se semna finanțarea, urmate de încă alte luni pentru parcurgerea procedurii de atribuire, nu ar fi decât în detrimentul atât al constructorului cât și al beneficiarului, prin prisma costurilor suplimentare ce vor surveni pe această perioadă”.

Având în vedere aspectele anterior menționate, potrivit cărora sursa de finanțare a lucrărilor care ar urma să fie executate în cadrul prezentei proceduri de atribuire ar fi Subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean derulat de către (prescurtat CNI), Consiliul va reține că, potrivit art. 1 din Ordonanța nr. 25/2001, ... este o societate comercială pe acțiuni, sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

Potrivit art. 5 din Statutul - S.A. publicat în anexa nr. 2 la Ordonanța nr. 25/2001, scopul CNI este realizarea de construcții de interes public, pe terenuri proprietate publică sau privată a statului ori a autorităților publice locale, precum și pe terenuri proprietate privată puse la dispoziție de persoane fizice și/sau juridice.

Modalitatea în care își desfășoară activitatea în vederea atingerii scopului anterior reprodus este stabilită la art. 6 „obiectul de activitate” din anexa nr. 2 la Ordonanța nr. 25/2001, relevante în

soluționarea contestației care face obiectul prezentei fiind prevederile art. 6 alin. (2)-(5), respectiv:

„(2) Construcțiile se realizează pe terenuri proprietate publică sau privată a statului, a autorităților publice locale sau pe terenuri proprietate privată puse la dispoziție de persoane fizice și/sau juridice.

(3) Realizarea de construcții se face de CNI, respectând procedura de achiziții publice, în condițiile legii.

(4) Recepția lucrărilor se face de personalul CNI împreună cu beneficiarul.

(5) Predarea obiectivului de investiții realizat se face prin protocol către beneficiarul investiției sau prin protocol cu titlu gratuit către administrația publică locală”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că obligația respectării legislației din domeniul achizițiilor publice în cazul realizării construcțiilor/investițiilor prin CNI aparține, aceasta fiind obligată potrivit prevederilor legale anterior menționate să deruleze procedurile de atribuire în vederea încheierii contractelor de proiectare și/sau execuție lucrări.

În ceea ce privește sintagma *„Subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”* menționată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, Consiliul reține următoarele aspecte:

- potrivit art. 5 alin. (1) din Ordonanța nr. 25/2001, *„CNI realizează programe de investiții în cadrul «Programului național de construcții de interes public sau social», prevăzut în **anexa nr. 3**, care face parte integrantă din prezenta ordonanță, precum și programe proprii de investiții”.*

- programului național de construcții de interes public sau social este descris la art. 1 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 astfel *„Programul național de construcții de interes public sau social, denumit în continuare program, se realizează de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, prin Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A., societate pe acțiuni aflată sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, potrivit obiectului său de activitate și cu atribuțiile stabilite conform prevederilor legale în vigoare. Realizarea obiectivelor de investiții de natura celor care se execută în cadrul Programului național de construcții de interes public sau social este facultativă”;*

- la art. 2 alin. (1) din Anexa nr. 3 anterior menționată se regăsește o defalcare a Programul național de construcții de interes public sau social în subprograme;

- prin OUG nr. 95/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 25/2001 privind înființarea, „CNI” - S.A. a fost introdus la lit. k) din art. 2 alin. (1) din Anexa nr. 3 un nou subprogram intitulat *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”.*

Modalitatea de derulare a Programului național de construcții de interes public sau social și, implicit, a subprogramului intitulat *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”*, indicat de către autoritatea contractantă drept dovadă a finanțării prezentei proceduri de atribuire, se regăsește sub formă de rezumat în cadrul art. 4 alin. (1) din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, potrivit căruia *„Amplasamentele destinate construcțiilor care se realizează în cadrul subprogramelor se predau de către beneficiari pe perioada realizării investiției, pe bază de protocol, libere de orice sarcini, Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, care va realiza investiția prin Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A.”*.

Drepturile și obligațiile fiecăreia dintre părți (beneficiar, CNI, minister) sunt detaliate în cadrul capitolului II *„Promovarea investițiilor”* și a capitolului III *„Derularea finanțării și realizării investițiilor”* din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, care prevăd următoarele aspecte:

- art. 5: *„La solicitarea beneficiarilor și în baza documentațiilor de solicitare motivate transmise de aceștia, Compania Națională de Investiții „CNI”, - S.A. întocmește pentru fiecare subprogram în parte lista-sinteză a obiectivelor propuse a fi finanțate, potrivit prevederilor anexei nr. 3¹, și o transmite Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru a fi aprobată prin ordin al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice. Lista-sinteză astfel aprobată este documentul care stă la baza întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării*

alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare”;

- *art. 6: „Obiectivele de investiții prevăzute la art. 5 sunt preluate și cuprinse în lista de investiții a Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. după aprobarea indicatorilor tehnico-economici, conform legislației în vigoare”;*
- *art. 7 alin. (1): „Pentru obiectivele de investiții propuse a fi finanțate în cadrul programului, beneficiarii predau amplasamentele conform protocolului prevăzut în anexa nr. 3². Acestea sunt preluate pe durata de realizare a investiției, după aprobarea listei obiectivelor de investiții de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și obținerea surselor de finanțare, în condițiile legii”;*
- *art. 9: „Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări de servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”;*
- *art. 11 alin. (1): „Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. asigură urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, recepția la terminarea lucrărilor, conform graficului anexă la contractul de execuție de lucrări, și punerea în funcțiune a obiectivelor de investiții și participă împreună cu reprezentanții beneficiarilor la recepția finală la expirarea perioadei de garanție”;*
- *art. 12: „După efectuarea recepției, la terminarea lucrărilor, Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A., prin Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, va preda cu titlu gratuit beneficiarului, pe bază de protocol, conform modelului din anexa nr. 3³, amplasamentul împreună cu obiectivul de investiții realizat, cu respectarea prevederilor legale în vigoare”.*

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că rolul COMUNEI în implementarea investiției prin subprogramul „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean” nu include activitatea de derulare a procedurilor de achiziție publică deoarece potrivit art. 9 anterior citat, această activitate este atributul exclusiv al CNI.

Conform art. 7 alin. (1) și art. 12 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, în eventualitatea obținerea calității de beneficiar al subprogramului „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”, ... are obligația să predea către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice amplasamentul investiției, urmând ca înapoierea acestuia să se facă de către CNI, prin minister, după efectuarea recepției la terminarea lucrărilor. Toate celelalte etape aferente execuției investiției cum ar fi organizarea procedurilor de atribuire, urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, confirmarea lucrărilor care urmează a fi decontate, recepția la terminarea lucrărilor etc. sunt atributul Companiei Naționale de Investiții

„CNI” – SA conform prevederilor art. 11 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține că, ignorând în totalitate etapele de derulare a Programului național de construcții de interes public sau social și, în special, prevederile art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 care pun exclusiv în sarcina Companiei Națională de Investiții „CNI” SA activitatea de derulare a procedurilor de atribuire, ... a organizat prezenta procedură de atribuire fără să identifice concret vreo sursă de finanțare a respectivului contract de proiectare și execuție și fără ca această procedură să fie necesară în vederea executării prin CNI.

Consiliul reține că eventualul contract care ar fi încheiat de către cu un operator economic în urma finalizării procedurii de atribuire nu poate face obiectul finanțării prin Programul național de construcții de interes public sau social definit în Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 deoarece condiția executării obiectivelor finanțate prin Programul național de construcții de interes public sau social este legată indisolubil de calitatea de autoritate contractantă a Companiei Națională de Investiții SA dobândită prin exercitarea de către aceasta din urmă a atribuțiilor în calitate de autoritate contractantă conform prevederilor art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 anterior citate.

Contrar opiniei autorității contractante, Consiliul reține că prevederile legale anterior menționate nu conferă SA calitatea de instituție financiară finanțatoare a contractelor atribuite de către autoritățile administrației publice locale deoarece rolul/scopul CNI

precizat la art. 5 din statut constă în realizarea de construcții de interes public pe terenurile puse la dispoziție de respectivele autorități, ceea ce implică derularea în cadrul CNI a tuturor activităților necesare executării investiției inclusiv organizarea procedurilor de atribuire.

Prin urmare, procedura organizată de este lipsită de orice relevanță în ceea ce privește finanțarea contractului de lucrări prin Programul național de construcții de interes public sau social deoarece calitatea de autoritate contractantă a COMUNEI este incompatibilă cu atribuțiile și etapele de derulare a investiției de către Compania Națională de Investiții SA, prevăzute la cap. II și III din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

Faptul că se află pe lista sinteză (aspect invocat de către aceasta în punctul de vedere) nu constituie în sine dovadă a existenței finanțării deoarece prevederile art. 5 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 stabilesc faptul că lista sinteză este doar o centralizare în cadrul CNI a solicitărilor beneficiarilor care urmează a fi transmisă către Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru analiză și aprobarea prin ordin de ministru în vederea întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare. Din acest punct de vedere, lista sinteză în forma prezentată de către în anexa punctului de vedere poate fi considerată cel mult dovadă de înregistrare a solicitării.

Acest aspect rezultă și din bugetul menționat pe pagina internet oficială a CNI prezentată în formă incompletă prezentată de autoritatea contractantă, în care se menționează în dreptul proiectului „buget 0,00 lei” (pagina completă a fost atașată de către completul de soluționare dosarului cauzei și se regăsește la fila 78).

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, ... avea dreptul să includă în programul de investiții publice și implicit să inițieze procedura pentru modernizarea drumurilor locale 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 secțiunii secțiunea 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 ceea ce privește posibilitatea inițierii procedurilor de atribuire cu clauză suspensivă, Consiliul reține că aceasta este reglementată la art. 12 din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020 cu modificările și completările ulterioare, fiind condiționată la rândul său de mai multe aspecte, dintre care sunt relevante în soluționarea prezentei următoarele:

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

Având în vedere că în speța dedusă soluționării nu este îndeplinită niciuna dintre condițiile anterior menționate, prevăzute în OUG nr. 40/2015 Consiliul reține că nu avea dreptul să inițieze procedura de atribuire prin condiționarea încheierii contractului de îndeplinirea clauzei suspensive.

Consiliul reține că modalitatea în care a conceput 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 (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod ar fi adăugate obstacole

nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

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.

Potrivit paragrafului 37 din hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle, aplicarea dreptului unional de către autoritatea contractantă nu este opțională. Dacă scopul unic al organizării procedurii de atribuire este încheierea unui contract de achiziții publice, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face încheierea contractului dependentă de acțiuni sau omisiuni ale autorității contractante. În aceste

condiții, o condiție suspensivă pentru încheierea contractului, redactată de o manieră foarte generală, prin raportare la o procedură complexă, care include mai multe etape în care acțiunile sau omisiunile autorității contractante pot influența rezultatul și astfel îndeplinirea condiției suspensive, echivalează cu conferirea unei opțiuni autorității contractante de a încheia sau nu contractul. Or, în termenii Directivei, care stabilește contractul drept scop unic al procedurii, neîncheierea acestuia poate fi cel mult rezultatul unei împrejurări independente de voința autorității contractante.

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 (respectiv, pentru bugetele locale, art. 4 alin. (4), art. 42, art. 14 alin. (4) din Legea nr. 278/2006 privind finanțele publice locale, cu modificările și completările ulterioare) 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 (i.e. autoritatea contractantă), 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*”.

Deși bogata jurisprudență a CCR cu privire la această prevedere constituțională este concentrată pe analiza constituționalității actelor normative prin care sunt reglementate cheltuieli ce vor fi efectuate din bugetele publice, reflectarea sa în textele de principiu ale legilor finanțelor publice care impun verificarea disponibilității fondurilor, conform bugetelor publice, înainte de asumarea unor cheltuieli din aceste bugete este evidentă.

Astfel, potrivit paragrafului 58 din decizia Curții Constituționale nr. 22/2016, „*textul constituțional se referă la caracterul obiectiv și efectiv al sursei de finanțare și operează cu elemente de certitudine și previzibilitate bugetară, pentru că, în caz contrar, și-ar pierde rațiunea existenței sale normative și, în mod evident, ar exprima un truism, anume că orice cheltuială bugetară se suportă din bugetul de stat. De aceea, atribuirea unui atare înțeles textului constituțional analizat ar echivala cu lipsirea acestuia de valoarea normativă inherentă oricărei prevederi constituționale; or, actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat (legea trebuie interpretată în sensul producerii efectelor*

ei, și nu în sensul neaplicării ei). Așadar, art. 138 alin. (5) din Constituție nu se referă la existența în concreto a unor resurse financiare suficiente la momentul adoptării legii, ci la faptul ca **acea cheltuială să fie previzionată în deplină cunoștință de cauză în bugetul de stat pentru a putea fi acoperită în mod cert în cursul anului bugetar**".

În condițiile în care creditul de angajament stabilește o limită valorică a dreptului autorității contractante respective de a-și asuma obligații de plată ce intră în sfera creditului de angajament respectiv, contractul nu poate fi încheiat în absența creditului de angajament. Mai mult, imperativele de organizare și monitorizare a administrării fondurilor publice nu sunt compatibile cu existența, pe lângă angajamentele legale „*certe*”, subsumate unor credite de angajament preexistente, a unor angajamente legale „*condiționate*”, a căror activare este incertă și dificil de monitorizat la nivel de ansamblu.

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 COMUNEI cu privire la modalitatea de derulare a investițiilor prin intermediul Companiei Naționale de Investiții „CNI” – SA, aceasta neavând, în fapt, nicio sursă de finanțare identificată pentru executarea contractului de achiziție publică, criticile contestatorului privind lipsa sursei de finanțare și clauza suspensivă urmând a 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, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune anularea procedurii de atribuire; în ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la prevederile pretins nelegale ale documentației de atribuire, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, rezultatul fiind același.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, dispune anularea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 21 (douăzeciuna) pagini