

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. 135/C1/3127

Data: 17.01.2023

Prin contestația nr. 946/19.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 62338/19.12.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, având cod unic de înregistrare RO, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., lider al asocierii SC SRL-.....-....., reprezentată legal prin, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă, cu sediul în, județ, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect: „Modernizare Bulevardul George Coșbuc, Etapa I - lucrări drum și rețele edilitare apă-canal – proiectare și execuție”, cod CPV: 45233120-6, s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. 251334/09.12.2022 și reluarea procedurii.

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

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a publicat raportul procedurii 251334/09.12.2022 prin care s-a decis anularea procedurii de achiziție publică invocându-se două motive.

Menționează că primul motiv de anulare se referă la: „necesitatea operării unor modificări în documentația de avizare a lucrărilor de intervenție (în sensul completării acesteia), elementele suplimentare adăugate având drept rezultat schimbarea indicatorilor principali ai proiectului”.

Susține că autoritatea contractantă nu a precizat însă care sunt motivele, respectiv erorile și omisiunile, care să justifice necesitatea operării acestor modificări în condițiile legii.

Invocă în susținere dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatorului, cu aplicarea principiului asumării răspunderii și al transparenței, autoritatea contractantă are dreptul de a opera modificări la nivelul unei documentații tehnice aferente unei proceduri deja inițiate, doar pentru corectarea unor erori.

Potrivit contestatorului, DALI este parte a documentației de atribuire, ce a făcut obiectul unor avizări și aprobări ale autorității contractante, anterior inițierii procedurii de achiziție, consolidându-și

astfel caracterul obligatoriu, atât pentru ofertanți cât și pentru autoritatea contractantă, odată cu împlinirea termenului de 10 zile prevăzut de lege pentru contestarea documentației.

Menționează că decizia de a modifica/completa soluții tehnice în faza de evaluare a procesului de achiziție publică, fără o justificare temeinică și o dovedire a existenței unor erori, încalcă principiile achizițiilor publice, precum și interesele legitime ale ofertanților.

În opinia contestatorului, modificările permise la DALI, într-o situație în care autoritatea ar avea dreptul să anuleze procedura pentru introducerea acestora, ar trebui să vizeze aspecte esențiale ale investiției fără de care scopul principal al contractului nu ar putea fi atins, nicidecum introducerea unor lucrări suplimentare pe care autoritatea contractantă le dorește, la propunerea unor terțe persoane.

Subliniază faptul că adresa la care se face referire autoritatea contractantă în raportul procedurii, respectiv adresa nr. 248497/07.12.2022, emisă de Serviciul Investiții, care a stat la baza anulării procedurii, nu este temeinică.

Apreciază că situațiile în care procedurile de achiziție publică pot fi anulate sunt doar cele expres și limitativ prevăzute de Legea nr. 98/2016,

iar situația descrisă de autoritatea contractantă, respectiv introducerea unor lucrări suplimentare (sensuri giratorii), la propunerea unei anumite societăți, este în afara cadrului legal care reglementează anularea procedurii.

Contestatorul menționează că o inconsecvență a argumentelor invocate de către autoritatea contractantă, în justificarea anulării.

Susține că pe de o parte, invocă motivul de anulare în ceea ce privește finanțarea parțială obținută, dar pe de altă parte invocă necesitatea introducerii unor lucrări suplimentare pentru care ar fi necesară modificarea DALI.

Potrivit contestatorului, cel de-al doilea motiv de anulare se referă la acordarea parțială a fondurilor în cadrul Programului Național de Investiții „Anghel Saligny”.

Precizează conform raportului procedurii că autoritatea contractantă a decis să anuleze procedura de achiziție, în baza clauzei suspensive prevăzute în documentația de atribuire și motivat de faptul că, în cadrul Programului Național de Investiții „Anghel Saligny”, a fost aprobată o parte din suma solicitată pentru finanțare, și nu întreaga valoare.

Coroborând clauza suspensivă astfel cum a fost formulată și prevăzută în documentația de atribuire cu faptul că nu reiese din documentul atacat că autoritatea contractantă ar renunța la realizarea acestei investiții și la finanțarea aprobată, luând în calcul posibilitatea

susținerii din surse proprii a părții neeligibile a contractului, contestatorul apreciază că nu se justifică anularea procedurii.

Contestatorul citează în susținere din fișa de date a achiziției, secțiunea II.2.14 informații suplimentare.

Apreciază că, autoritatea contractantă a decis să inițieze această procedură de achiziție publică fără a avea asigurate fondurile necesare, sub rezerva clauzei suspensive care condiționează „Încheierea contractului cu ofertantul declarat câștigător” de asigurarea fondurilor necesare, nicidecum finalizarea procesului de evaluare.

Precizează că, autoritatea contractantă are obligația de a-și respecta propria clauză suspensivă, sens în care are obligația de a finaliza procesul de evaluare cu stabilirea ofertei câștigătoare, urmând ca semnarea contractului să fie amânată în conformitate cu clauza suspensivă. În acest sens, contestatorul subliniază faptul că o parte din finanțare a fost aprobată prin Programul Național de Investiții „Anghel Saligny” și nu rezultă din documentele autorității contractante faptul că ar renunța la aceste fonduri și la implementarea acestei investiții.

Mai mult, susține că autoritatea contractantă menționează în raportul procedurii, faptul că „finanțarea nu poate fi asigurată în totalitate prin fondurile,”, contestatorul apreciind că autoritatea contractantă ia în calcul posibilitatea completării cu alte fonduri.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare, încălcând prevederile documentației de atribuire referitoare la clauza suspensivă, principiile transparenței și asumării răspunderii, precum și art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul invocă în drept prevederile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și ale Legii nr. 101/2016.

În probatoriu anexează contestației: raportul procedurii nr. 251334/09.12.2022, dovada datei comunicării actului atacat și dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 261985/22.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 63299/22.12.2022, ... transmite punctul de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În introducerea punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al derulării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă precizează că în cuprinsul raportului procedurii nr. 251334/09.12.2022 au fost consemnate și motivele care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii deoarece au fost identificate două situații care au impus aplicarea prevederilor art. 212 din Legea 98/2016, conform cărora autorității contractante îi revine obligația de anulare a procedurii de atribuire.

Susține că anularea procedurii a fost motivată explicit în conținutul comunicărilor adresate celor doi ofertanți participanți la procedură (inclusiv în conținutul comunicării nr. 251336/09.12.2022 transmise contestatarului), document prin care au fost furnizate toate considerentele care au stat la baza deciziei autorității contractante și informațiile privind încadrarea legală.

În ceea ce privește prima critica din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă menționează că documentația de atribuire

publicată în cadrul procedurii conține și caietul de sarcini aferent, care are anexat documentațiile de avizare a lucrărilor de intervenție (Proiectul nr. 93/1/2021 - pentru lucrări rețele edilitare apa-canal și Proiectul nr. 93/2/2021 - pentru lucrări de drumuri), toate aceste documente stând la baza elaborării ofertelor prezentate.

Precizează că pe parcursul procesului de evaluare al ofertei, departamentul de specialitate din cadrul autorității contractante, a solicitat anularea procedurii, prin documentul înaintat menționând faptul că procedura poate fi reluată după completarea DALI. Susține că în urma

analizării conținutului actului prezentat, autoritatea a constatat necesitatea operării unor modificări în documentația de avizare a lucrărilor de intervenție, elementele suplimentare adăugate având drept rezultat schimbarea indicatorilor principali ai proiectului (toate aceste precizări fiind incluse în conținutul raportului procedurii și al comunicărilor privind rezultatul procedurii).

Autoritatea contractantă apreciază că solicitarea privind completarea DALI aferent proiectului care se dorește realizat cu activități care afectează indicatorii principali ai proiectului, constituie circumstanțe care sunt asimilate omisiunilor care impun adoptarea unor măsuri corective.

Precizează că a urmărit ca prin realizarea activităților contractului să fie obținută o soluție tehnică viabilă, care din punct de vedere tehnologic, constructiv, tehnic, funcțional-arhitectural și economic să se circumscrie realităților existente în zonă, să răspundă cerințelor de trafic și să contribuie astfel la fluidizarea circulației în intersecțiile de pe traseu.

Apreciază că prin argumentația adusă în cuprinsul contestației, contestatorul aruncă în derizoriu aspecte care vizează obținerea unor rezultate esențiale prin realizarea proiectului.

Autoritatea contractantă susține că deși contestatorul citează din prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, acesta încearcă să impună noțiunea de modificări permise la DAU potrivit propriei sale reprezentări, fără o susținere bazată pe prevederi legale.

..... menționează că în urma solicitării primite, a constatat necesitatea schimbării condițiilor care au fost avute în vedere în momentul întocmirii documentației de atribuire, această schimbare neputând fi operată fără încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Susține despre completările documentației tehnice prezentate în procedură că reprezintă o modificare care afectează elementele ce descriu contextul achiziției publice încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, indicatori care necesită o nouă aprobare din partea autorității administrative deliberative, fără de care nu se poate realiza proiectul în cauză.

În ceea ce privește justificarea deciziei de anulare a procedurii, precizează că aceasta constă în faptul că autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, întrucât documentația tehnică nu mai poate fi modificată ulterior depunerii ofertelor. Mai mult, susține că necesitatea operării completărilor documentației în această fază a procedurii este imposibilă având drept consecință directă anularea procedurii deoarece modificarea

documentației de atribuire, după depunerea ofertelor, nu este permisă de legislația din domeniul achizițiilor publice.

În susținere, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza I și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la cel de-al doilea motiv de anulare criticat de către contestator, autoritatea contractantă menționează că argumentele aduse în cuprinsul contestației sunt nefondate.

Precizează că, potrivit fișei de date (Secțiunile 11.2.14 Informații suplimentare și VI.3 Informații suplimentare - punctul 6), inițierea

achiziției care vizează atribuirea contractului s-a făcut sub incidența clauzei suspensive conform căreia autoritatea „va încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare între și În cazul în care, diligentele autorității nu vor fi concretizate în obținerea contractului de finanțare, autoritatea contractanta își rezerva dreptul de a aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (...).”

Autoritatea contractantă susține că Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației a publicat pe site-ul propriu „Lista completă a obiectivelor de investiții finanțate”, document în cuprinsul căruia se regăsesc menționate, pentru județul, obiectivele aferente „Modernizării Bulevardului George Coșbuc, Etapa I” cu sumele alocate de la bugetul de stat 2022-2028, după cum urmează:

- Lucrări de drumuri = 6.452.999,57 lei;
- Lucrări rețele edilitare apă-canal = 36.547.000,43 lei, rezultând astfel că suma totală alocată pentru realizarea lucrărilor de rețele și drum este de 43.000.000,00 lei cu TVA, reprezentând o valoare totală de 36.134.453,78 lei fără TVA.

Potrivit autorității contractante, în procesul de evaluare s-a constatat faptul că nu este îndeplinită condiția suspensivă, respectiv, nu a obținut contractul de finanțare pentru valoarea estimată a achiziției de 63.928.288,25 lei fără TVA (conform secțiunea 11.1.5-Valoarea totală estimată din Fișa de date) și, în consecință finanțarea nu poate fi asigurată în totalitate prin fondurile conform precizărilor din documentația de atribuire.

Susține că datorită acestor aspecte, a fost obligată să pună în aplicare prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în baza cărora a fost anulată procedura de atribuire a contractului de achiziție publică întrucât este imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Subliniază faptul că documentația de atribuire, prin cele 2 componente ale sale documentația tehnică și Fișa de date, nu a fost contestată de niciun operator economic interesat de procedură, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie pentru toate entitățile implicate în derularea procedurii.

Invocă în susținere art. 8 din Legea nr. 101/2016, jurisprudența Curților de Apel din România.

Apreciază că decizia sa de anulare a procedurii respectă, în totalitate, principiile legislației în vigoare privind achizițiile publice.

În concluzia punctului de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației depusă de SC SRL și menținerea Raportului procedurii nr. 251334/09.12.2022.

Invocă în drept prevederile Legii 101/2016 și Legii 98/2016, iar în probațiune înscrisurile aflate la dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 962/29.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 64329/29.12.2022, SC SRL depune concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul reiterează argumentele din cuprinsul contestației, menținându-și solicitările. Invocă în susținere art. 9 și 12 din HG nr. 907/2016.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă, prin Serviciul Investiții, se substituie expertului tehnic, apreciind și hotărând asupra necesității și oportunității unor lucrări suplimentare care nu sunt menționate în expertiza tehnică.

Potrivit contestatorului, din coroborarea celor înscrise în raportul procedurii, punctul de vedere și adresa nr. 248497/07.12.2022, rezultă în mod clar că autoritatea contractantă dorește să opereze anumite modificări în DALI, la solicitarea unei terțe persoane - operatorul economic

Susține că operatorul economic menționat de autoritatea contractantă în adresa nr. 248497/07.12.2022 (.....) a cărei solicitare stă la baza anulării procedurii, avea posibilitatea, conform prevederilor legale aplicabile, să facă propuneri de modificare a DALI:

- Anterior aprobării DALI de către consiliul local, în faza de dezbatere publică;
- în termenul de contestare a documentației de atribuire, în cazul în care considera că acesta nu respectă anumite dispoziții legale, normative, standarde etc.

Referitor la cel de-al doilea motiv de anulare, contestatorul precizează că autoritatea contractantă invocă aprobarea parțială a finanțării prin Programul Anghel Saligny, dar nu menționează că ar renunța la fondurile aprobate spre finanțare nerambursabilă.

Conform contestatorului, faptul că autoritatea contractantă nu poate susține financiar la acest moment, așa cum nu putea susține nici la momentul inițierii procedurii, este acoperit de clauza suspensivă prevăzută în documentația de atribuire, și nu constituie motiv de anulare a procedurii la acest moment, în caz contrar, clauza suspensivă nu și-ar mai atinge scopul, iar autorității contractante i s-ar permite să-și încalce prevederile proprii documentației de atribuire.

Contestatorul aduce în vedere reglementările privind finanțarea în cadrul Programului Național de Investiții „Anghel Saligny”, conform cărora sumele rămase neutilizate în urma economiilor rezultate pe parcursul derulării contractelor de finanțare, sunt redistribuite, în condițiile legale aplicabile, către solicitanții/beneficiarii din cadrul programului.

Apreciază că autoritatea contractantă a decis să inițieze această procedură de achiziție publică fără a avea asigurate fondurile necesare, sub rezerva clauzei suspensive care condiționează „încheierea

contractului cu ofertantul declarat câștigător” de asigurarea fondurilor necesare, nicidecum finalizarea procesului de evaluare.

Contestatorul susține că în aceste condiții, autoritatea contractantă are obligația de a-și respecta propria clauză suspensivă, sens în care are obligația de a finaliza procesul de evaluare cu stabilirea ofertei câștigătoare, urmând ca semnarea contractului să fie amânată în conformitate cu clauza suspensivă.

În concluzie solicită admiterea contestației și reluarea procedurii cu respectarea prevederilor legale.

Invocă în drept prevederile Legii 101/2016, Legii 98/2016, HG 395/2016; HG 907/2016 și Legii 52/2003.

Prin adresa nr. 1989/06.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 837/06.01.2023, autoritatea contractantă transmite punct de vedere cu privire la concluziile scrise ale contestatorului, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată și neîntemeiată.

Potrivit autorității contractante, afirmația contestatorului din cuprinsul concluziilor scrise, și anume că *„expertul tehnic este cel care apreciază și hotărăște asupra necesității și oportunității realizării unor lucrări”* este greșită menționând că nu se substituie expertului tehnic, aceasta pune la dispoziția proiectantului informații strict necesare elaborării unui PT care să răspundă unor cerințe obiective.

Autoritatea contractantă menționează că pentru a optimiza un scenariu/opțiune, proiectantul trebuie să aibă un DALI aprobat, situație preexistentă atribuirii contractului de prestare a serviciilor de realizare a proiectului tehnic. Susține că adoptarea oricărei alte decizii ar supune-o pe aceasta riscului apariției unor situații care impun adoptarea unor soluții ce necesită suplimentări care nu pot fi încadrate în limitele prevăzute de lege pentru modificarea contractului.

Precizează că modificările DALI apărute sunt unele care nu pot fi ignorate și care reclamă noi aprobări ale indicatorilor aferenți.

Referitor la cel de-al doilea motiv de anulare, autoritatea contractantă apreciază că prin motivația adusă, contestatorul încearcă să impună un parcurs al procedurii de atribuire, ignorând întru totul prevederile documentației de atribuire, fapt care contravine legislației în vigoare.

În ceea ce privește susținerea contestatorului de a continua procesul de evaluare a ofertelor depuse, urmând ca apoi să fie analizată îndeplinirea condițiilor aferente semnării contractului, este, în opinia autorității contractante, una lipsită de sens.

Prin adresa nr. 1768/27.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 64304/29.12.2022, ..., depune în original, în numele contestatorului, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208701745/1 tranzacția nr. 1290428485/2135578689 din data de 27.12.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala, în cuantum de 88.000,00 lei.

Prin adresa nr. 12/04.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 848/06.01.2023, ..., depune în original, în completare, în numele contestatorului, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208745715/1 tranzacția nr. 1293342652/2139007087 din data de 04.01.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala, în cuantum de 1.190.566,00 lei.

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

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect: „Modernizare Bulevardul George Coșbuc, Etapa I - lucrări drum și rețele edilitare apă-canal – proiectare și execuție”, cod CPV: 45233120-6, , elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1046784/04.09.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii

este de 63.928.288,25 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă, ulterior descărcării ofertelor din SEAL, a anulat procedura de atribuire, motivat de faptul că, pe de o parte, în perioada de evaluare a ofertelor ar fi apărut necesitatea modificării documentației de avizare a lucrărilor de intervenție anexată anunțului de participare și, pe de altă parte, deoarece Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației ar fi aprobat doar o parte din suma necesară executării contractului.

Cu privire la primul motiv, respectiv pretinsa necesitate a modificării documentației de avizare a lucrărilor de intervenție, Consiliul reține că potrivit mențiunilor de la secțiunea II.2.4) „Descrierea achiziției publice” din anunțul de participare, prezenta procedură de atribuire a fost organizată în vederea atribuirii unui contract de proiectare și execuție a lucrărilor de drumuri și de reabilitare a rețelelor de apă și canalizare.

În acest sens, autoritatea contractantă a anexat caietului de sarcini documentațiile de avizare a lucrărilor de intervenție elaborate de atât pentru lucrările de drumuri cât și pentru lucrările de rețele edilitare.

Totodată, se reține că în raportul procedurii de atribuire (pag. 306-312) din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, se menționează că *„în perioada de evaluare a ofertelor (...) Direcția Dezvoltare, Infrastructură și Lucrări Publice, prin Serviciul Investiții, a transmis adresa nr. 248497 prin care solicită anularea procedurii de atribuire motivat de faptul că a apărut necesitatea operării unor modificări în documentația de avizare a lucrărilor de intervenție (în sensul completării acesteia), elementele suplimentare adăugate având drept rezultat schimbarea indicatorilor principali ai proiectului (...)”*, aspect din care autoritatea contractantă a dedus incidența prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza I din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia *„Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire”* coroborat cu alin. (2) al aceleiași norme juridice, potrivit căruia *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”*.

Procedând la identificarea adresei nr. 248497 invocată de către autoritatea contractantă pentru anularea procedurii, Consiliul reține că aceasta se află la pag. 305 în dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei și cuprinde menționat faptul că un operator economic respectiv București a formulat o cerere înregistrată la registratura Municipiului cu nr. 242750/24.11.2022, de integrare în proiectul de modernizare a Bulevardului George Coșbuc a unor sensuri giratorii în intersecțiile Bulevardului George Coșbuc cu strada Aurel Vlaicu și strada Milcov.

Din analiza corespondenței anterior menționată, se reține că așa-zisa omisiune invocată de autoritatea contractantă cu privire la documentația de avizare a lucrărilor de intervenție reprezintă, în fapt, acceptarea sugestiei unui operator economic cu privire la amenajarea celor 2 intersecții sub forma unor sensuri giratorii.

Consiliul reține că adresa nr. 248497/07.12.2022 nu demonstrează existența vreunor erori/omisiuni din documentația de atribuire ci simpla însușire de către autoritatea contractantă a sugestiei formulate de un operator economic cu privire la modalitatea de amenajare a respectivelor intersecții.

Rezultă că aspectele invocate de autoritatea contractantă cu privire la modificarea documentației de atribuire nu reprezintă aspecte de legalitate, cu alte cuvinte nu reprezintă încălcări ale prevederilor legale ci reprezintă aspecte de oportunitate, constând în schimbarea soluției de amenajare a celor 2 intersecții.

Consiliul reține că semnificația sintagmei *„încălcări ale prevederilor legale”* din art. 212 alin. (1) lit. c) teza I din Legea nr. 98/2016 invocat de autoritatea contractantă pentru anularea procedurii respectiv *„Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire”* a fost definită în mod explicit la alin. (2) al aceleiași norme juridice, potrivit căruia *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”*.

Ori, din analiza adresei nr. 248497/07.12.2022 rezultă că ideea și implicit identificarea necesității amenajării celor 2 sensuri giratorii a apărut ulterior organizării procedurii, nefiind vorba de o omisiune în documentația de avizare a lucrărilor de intervenție elaborate anterior ci de identificarea unor noi lucrări necesare autorității contractante.

Prin urmare, nu se susțin afirmațiile autorității cu privire la preținse erori sau omisiuni din documentația elaborată anterior, aceasta invocând lucrările nou identificate doar în scopul anulării procedurii de atribuire, cu încălcarea prevederilor art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul (...) de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege*

Consiliul reține că 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/acord-cadru.

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/acord-cadru.

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”*.

Consiliul va reține că, prin excepție de la această regulă, potrivit art. art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se identificarea unor noi lucrări necesare autorității contractante.

Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că atunci când se hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere atât încadrarea contractului în bugetul său cât și stabilirea unor cerințe care să corespundă necesităților sale și care să nu restrângă concurența. În măsura în care a decis să poată asigura achiziționarea lucrărilor și a publicat anunțul de participare împreună cu documentația de atribuire (care include fișa de date, caietul de sarcini și documentația de avizare a lucrărilor de intervenție), nu mai este permis ca prin propria voință își schimbe necesitatea în etapa de evaluare a ofertelor.

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire: *„dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau 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 anularea procedurii este consecința directă a acțiunilor serviciului investiții care și-a însușit propunerea de organizare a sensurilor giratorii formulată de un operator economic.

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”.

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 entității contractante.

Neîntemeiat este și cel de-al 2-lea motiv de anulare a procedurii, respectiv faptul că Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației ar finanța doar 43.000.000 lei din valoarea contractului, estimată la 63.928.288,25 lei fără TVA, în condițiile în care prevederile art. 4 alin. (7) 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” aprobate prin Ordinul, Lucrărilor Publice și Administrației nr. 1333/2021 statuează faptul că cheltuielile de natura celor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire pot fi finanțate și din bugetul local al beneficiarilor.

Din analiza înscrisurilor aflate la dosarul cauzei se reține că autoritatea contractantă se află în prezent în faza incipientă aprobării listei obiectivelor de investiții incluse la finanțare prin program, prin ordin al ministrului, prevăzută la art. 7 din Normele metodologice pentru punerea în aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 95/2021, etapa următoare fiind cea de încheiere a contractului de finanțare prevăzut la art. 8 din Norme, situație în care aceasta ar trebui să încarce în platforma digitală documentele prevăzute la art. 9 alin. (1) din același act normativ, printre care se regăsește și *„hotărârea consiliului local/hotărârea consiliului județean/hotărârea asociației de dezvoltare intercomunitară, pentru categoriile de cheltuieli finanțate de la bugetul local”* (art. 9 alin. (1) lit. g) din normele aprobate prin Ordinul nr. 1333/2021).

Rezultă că autoritatea contractantă a obținut, în fapt, finanțarea investiției, aceasta urmând să identifice diferența necesară executării contractului din alte surse de finanțare sau, după caz, să analizeze posibilitatea aplicării prevederilor art. 8 alin. (5) din Normele metodologice pentru punerea în aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 95/2021, aprobate prin Ordinul nr. 1333/2021, potrivit căruia *„În situația în care de la bugetul de stat se alocă o sumă mai mică față de cea solicitată prin cererea de finanțare, beneficiarii au posibilitatea de a diminua caracteristicile principale și indicatorii tehnico-economici ai obiectivului de investiții prevăzuți în cererea de finanțare,*

cu respectarea standardelor de cost în vigoare, inclusiv de a modifica denumirea obiectivului de investiții, dacă anumite caracteristici/anumiți indicatori sunt menționate/menționați în denumirea obiectivului”.

Față de cele de mai sus, se reține că normele de aplicare a Programului național de investiții „Anghel Saligny” sunt flexibile și permit continuarea procedurii de atribuire.

Faptul că autoritatea a inclus în documentația de atribuire o clauză suspensivă condiționată de încheierea contractului de finanțare nu poate constitui justificare pentru anularea procedurii de atribuire, câtă vreme

autoritatea a obținut finanțarea indicată, chiar dacă aceasta nu este în cuantumul valorii estimată de proiectant.

Mai mult, se reține că în practică contractele de achiziție publică se atribuie sub valoarea estimată a procedurii, situație în care finanțarea întregii valori estimate printr-un program național de amploarea celui reglementat de OUG nr. 95/2021 ar fi privat de finanțare alți posibili beneficiari, în mod nejustificat, fiind aplicabile în această situație prevederile art. 1 alin. (6) din OUG nr. 95/2021 potrivit cărora *„În scopul utilizării eficiente a fondurilor alocate prin program, Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației poate dezangaja, în vederea contractării, sumele rămase neutilizate în urma economiilor rezultate pe parcursul derulării contractelor de finanțare, în limita creditului de angajament alocat programului”*.

Modalitatea în care a înțeles să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că atunci când se hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, și a publicat anunțul de participare simplificat și documentația de atribuire aferentă nu mai este permis ca prin propria voință să realizeze alte priorități, chiar dacă justificate, prin anularea întregului demers de atribuire care apare pe de-o parte ca nelegală în raport de dispozițiile art. 212 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

În subsidiar nu trebuie ignorat faptul că, în cauză, hotărârea de anulare a procedurii s-a făcut la cca. 2 luni de la data limită de depunere a ofertelor (perioadă apropiată de termenul maxim de evaluare a ofertelor, prevăzut la art. 214 alin. (3) din Legea nr. 98/2016), timp în care autoritatea contractantă s-a rezumat doar la descărcarea ofertelor din SEAP și verificarea garanțiilor de participare.

Această manieră de a proceda a autorității contractante apare ca nelegală în raport de principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți. Prin urmare, anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, izvorâtă din lipsa de experiență a unui salariat, impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp înăuntrul

căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor).

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

De la această regulă, actul normativ precitat instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se motivele invocate de entitatea

contractantă care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în speță.

Anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei entității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii. Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece actul normativ vorbește despre o imposibilitate. Desigur că această imposibilitate nu se poate datora suplimentării obiectului achiziției cu noi lucrări a căror necesitate a fost identificată după depunerea ofertelor și nici interpretării eronate a normelor de aplicare a ordonanței de urgență prin care a fost reglementat programul de finanțare.

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

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, va anula raportul procedurii și actele subsecvente acesteia și va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, anulează raportul procedurii și actele subsecvente acesteia și dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicare.

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 15 (cincisprezece) pagini