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) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 1342/C9/1275
Data: 05.08.2020

Prin contestația nr. 212/29.06.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 25698/29.06.2020, depusă de SC ….. având ca obiect *Contract de achiziție publică de servicii de supervizare a lucrărilor pentru proiectul/obiectivul de investiții: ”REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERĂ STRATEGICĂ 1: IAȘI-SUCEAVA” cod SMIS 110622 cod CPV 71520000-9 Servicii de supraveghere a lucrărilor (Rev.2)*, contestatoarea a solicitat admiterea contestației și anularea actelor de procedură contestate prin care în mod nelegal s-a procedat la anularea procedurii de atribuire a contractului în cauză; anularea adresei nr. 18539/17.06.2020, prin care s-a comunicat anularea procedurii de atribuire, conform prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza finală din Legea nr. 98/2016; anularea raportului procedurii nr. 11779/08.04.2020 precum și a tuturor actelor concomitente și/sau subsecvente acestuia.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ….RL atacă anularea procedurii de atribuire solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea arată că, prin adresa nr. 15515/19.05.2020, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință că este invitată la sediul său în vederea semnării contractului în cauză în data de 20.05.2020, invitația efectuată în data de 19.05.2020, cu semnare în 20.05.2020, fără a se consulta cu aceasta în privința programului său, respectiv disponibilitate, în condițiile în care a fost impus un termen atât de scurt. Mai mult, nu este specificată nici ora la care ar fi trebuit să se prezinte la sediul autorității.

La data solicitării prezenţei reprezentantului legal SC … în vederea semnării contractului, dl. …, administrator al societăţii, se afla în concediu pentru evenimente familiale deosebite, respectiv naşterea copilului, sens în care s-a emis adresa nr. 147/ 19.05.2020 prin care s-a solicitat amânarea la o dată ulterioară semnarea contractului.

Răspunsul autorității contractante a fost în sensul că se menţine data de 20.05.2020 pentru semnarea contractului şi că persoana care se va prezenta în vederea semnării şi ridicării contractului poate fi şi un împuternicit, cu împuternicire specială dată în acest sens. Din nou, se emite adresa în data de 19.05.2020 cu solicitare prezenţă în 20.05.2020.

Prin adresa nr. 149/20.05.2020, contestatoarea arată că a revenit cu solicitarea de a amâna data semnării contractului datorită faptului că reprezentul legal este în concediu pentru evenimente familiale deosebite, iar ceilalţi ingineri (potenţiali reprezentanţi împuterniciţi) sunt angajaţi în vizite de lucru pe teren, stabilite anterior invitaţiei

Prin adresa nr. 157799/21.05.2020, autoritatea contractantă comunică faptul că semnarea contractului va avea loc la sediul acesteia în data de 27.05.2020, cu respectarea prevederilor art. 37 alin. (1) lit. c) din HG 395/2016.

Contestatoarea menționează că a solicitat experţilor cheie, aşa cum aceştia au fost stabiliţi în oferta sa, reconfirmarea disponibilităţii de a începe serviciile de supraveghere ce fac obiectul contractului, motivat de faptul că procedura de atribuire a durat mai mult de 6 luni, sens în care s-au transmis adrese către … și ….. nr. 155/22.05.2020) și către dna Gafiță Iuliana, expert cheie propus pentru poziția inspector materiale și asigurarea calității (adresa nr. 156/22.05.2020). Ambii experţi au infirmat disponibilitatea de a mai participa la realizarea contractului antemenționat, motivând angajarea în derulare mai multor contracte (contractate în perioada cuprinsă între momentul publicării procedurii de licitaţie deschisă şi data atribuirii contractului).

Ca urmare a infirmării disponibilităţii celor doi experţi cheie, contestatoarea susține că a fost în situaţia de imposibilitate fortuită de semnare, respectiv executare a contractului.

Prin adresa nr. 157/22.05.2020, arată că a comunicat autorității contractante faptul că personalul propus de către aceasta experţii cheie - factori evaluare, respectiv inginerul materiale şi asigurare a calităţii (d-na Gafiţa Iuliana) şi șeful de echipă (dl. …) şi-au anunţat indisponibilitatea de a mai colabora pentru prezentul contract de

supervizare, motivat de faptul că au în derulare un număr de contracte de o complexitate ce nu le mai permite fizic şi nici temporal asigurarea serviciilor pentru care au fost propuşi.

… este și terț susţinător pentru experienţa similară în această procedură, iar prin înlocuirea acestuia este evident că oferta depusă iniţial ar fi modificată, în sensul că nu ar mai îndeplini cerinţa de calificare solicitată de către Beneficiar, cerinţă prevăzută în fișa de date a achiziţiei la pct. III. 1.3. a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională.

Prin aceeaşi adresă a solicitat autorității contractante să aibă în vedere faptul că, în cadrul modelului de contract pus la dispoziţia ofertanţilor de către aceasta, nu este prevăzută şi situaţia imposibilităţii fortuite de a realiza contractul, raportat la prevederile art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 143 alin. (2) din HG 395/2016.

În data de de 24.02.2020 a depus ofertă pentru atribuirea contractului de servicii de asistenţă tehnică pentru supervizarea execuţiei lucrărilor de reabilitare şi modernizare a 75,739 km de drumuri judeţene aferente UAT Judeţul Suceava, pe 2 loturi de lucrări, ce vor fi executate în cadrul proiectului de investiţii „Regiunea Nord - Est-Axa rutieră strategică 1: Iaşi - Suceava" în cadrul procedurii de licitaţie deschisă publicată de către Județul Suceava, prin

Ulterior, oferta sa a fost declarată câștigătoare, prin adresa nr. 10732/15.05.2020, fiind invitată în data de 27.05.2020, ora 10, la sediul autorităţii contractante, în vederea semnării contractului.

Pentru procedura antemenţionată a depus ofertă care include acelaşi personal cu cel propus pentru "REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERĂ STRATEGICĂ 1: IAŞI-SUCEAVA" cod SMIS 110622. Contractul cu Consiliul Judeţean a fost semnat şi implicit resursele umane de care dispune, implicate în contract, nu au mai putut fi alocate şi în contractul cu Consiliul Judeţean Iaşi datorită faptului că realizarea ambelor contracte este de o complexitate foarte ridicată, determinând un program de lucru ce ar depăşi limita legalului, fapt pe care nu dorește să-l aibă în vedere.

Ulterior, prin adresa nr. 166/27.05.2020, arată că a transmis autorității contractante solicitarea de a constata caracterul fortuit al imposibilităţii SC …. de a semna contractul cu potrivit adresei nr. 157/22.05.2020.

În ceea ce priveşte înlocuirea subcontractanţilor, acest fapt nu este posibil, motivat de faptul că ambii experţi cheie - inginer materiale si asigurarea calitatii, respectiv șef de echipă au fost consideraţi factori decisivi în evaluare, o asemenea înlocuire ar implica, în realitate, reluarea procedurii și constatarea ofertei ca fiind inacceptabilă conform art. 134 alin. (9) lit. e) din HG nr. 395/2016.

Mai mult decât atât, specialiştii ing. ….şi-au arătat indisponiblitatea de colaborare, ceea ce conduce la diminuarea substanţială a personalului propus pentru realizarea contractului. Având în vedere faptul că specialiştii mai sus nominalizaţi şi-au infirmat

disponiblitatea chiar cu o zi înainte de semnarea contractului, a făcut imposibilă înlocuirea acestora cu alţi specialişti cu experienţa similară celor propuşi.

Față de cele de mai sus, contestatoarea consideră că nu se află în situaţia prevăzută de art. 37 alin. (1) lit. c) din HG nr. 395/2016, prin care să se reţină garanţia de participare pe motivul refuzării semnării contractului; în mod eronat reținând autoritatea refuzul de a semna contractul.

Prin adresa nr. 16627/29.05.2020, …….. a reclamat aspectul că nu a demonstrat imposibilitatea fortuită de executare a contractului și comunică faptul că, în cazul în care nu demonstrează imposibilitatea fortuită de executare a contractului, autoritatea contractantă urmează să pună în aplicare prevederile art. 37 alin. (1) lit. c) din HG 395/2016 privind reţinerea garanţiei de participare.

Prin adresa nr. 177/02.06.2020, a prezentat din nou motivele privind imposibilitatea semnării contractului şi a precizat că oferta clasată pe locul 2, SC ……. SRL - 93,16 puncte, este admisibilă şi conform legislaţiei în materia achiziţiilor publice se poate încheia contractul cu aceasta.

În continuare, contestatoarea reiterează motive pentru care consideră că se află în imposibilitatea fortuită de a semna contractul cu Consiliul Judeţean Iaşi.

Sunt redate prevederile art. 162 din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea amintește …Consultanță şi asistenţă tehnică în construcţii - subcontractant al SC … a fost în procedura ce face obiectul prezentei şi terț susţinător în ceea ce priveşte experienţa similară. Prin angajamentul ferm, terţul confirmă pe baza de documente justificative, după caz, faptul că va sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligaţiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activităţi pentru care a acordat susţinerea, fie prin identificarea resurselor tehnice şi profesionale pe care le va pune la dispoziţie ofertantului.

Având în vedere că, prin adresa nr. 16627/29.05.2020, se propune de către autoritatea contractantă înlocuirea subcontractantului îndeplinirea contractului în ceea ce priveşte experienţa similară.

Contestatoarea susține că îi este imposibil să contracteze un nou subcontractant/terț susținător care să îndeplinească aceleași criterii de selecție, respectiv să obțină același punctaj, ca personalul propus la momentul aplicării factorilor de evaluare.

Mai mult, factorii decisivi în evaluare nu pot fi schimbați/înlocuiți, în funcție de experiența acestora calculându-se punctajul aferent SC aplicându-se și în cazul dnei ing. …propusă pentru poziția de inginer materiale și asigurarea calității.

……. manager contract, contestatoarea precizează că, deşi autoritatea contractantă afirmă faptul că *(...) doar angajatorul poate hotărî dacă acesta este indisponibil sau nu pentru prestarea unor servicii*

(. ..) În aceasta situație, declaraţia dlui Iordachi potrivit căreia nu poate prevăd posibilitatea ca angajatul să îşi împartă timpul în funcţie de contractele pe care le are în derulare, pe agenda de lucru fiind împărţite proiectele şi sarcinile după cum consideră că este mai productiv, respectiv satisface cerinţele angajatorului.

În acest sens, contestatoarea invocă dispozițiile art. 112 alin. (1) și art. 120 alin. (2) din Codul Muncii.

Contestatoarea amintește că a transmis probe concludente care atestă indisponibilitatea pentru specialiştii: ing. … (adresa 162/26.05.2020); ing. .. (adresa 162/26.05.2020); ing. … (adresa 162/26.05.2020); ing. .. (adresa nr. 157/22.05.2020); ing. … (adresa 162/26.05.2020), specialişti care și-au arătat indisponiblitatea de colaborare, ceea ce conduce la diminuarea substanţială a personalului propus pentru realizarea contractului.

Raportat la aceste aspecte, arată că se află în imposibilitatea fortuită de îndeplinire a unei sarcini.

Contestatoarea neagă afirmația autorităţii contractante cu privire la faptul că nu se află în imposibilitatea fortuită astfel cum este prevăzută la art. 1351 alin. 3 din Noul Cod Civil și că există posibilitatea legală de a înlocui personalul propus și consideră că nu se află în situația prevăzută de art. 37 alin. (1) lit. c) din HG 395/2016, prin care să se reţină garanţia de participare pe motivul refuzării semnării contractului.

Invocă prevederile art. 143 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, prin adresa nr. 18824/19.06.2020, autoritatea contractantă a comunicat faptul că lipsa dovezilor privind imposibilitatea fortuită de executare a contractului echivalează cu refuzul semnării contractului de achiziţie publică, fiind aplicabile în acest caz prevederile art. 144 din HG 395/2016; că se va reţine obligaţia de a reţine garanţia de participare, conform dispoziţllor art. 37 alin. (1) lit. c) din HG 395/2016, garanţie în valoare de 20.000 lei.

În acest context, consideră că autoritatea contractantă a acţionat cu exces de putere atunci când a procedat la anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică de servicii de supervizare a lucrărilor în condiţiile art 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, refuzând în mod nejustificat aplicarea dispoziţiilor art 143 alin. (1)–(3) din HG nr. 395/2016.

Nu poate fi reţinută existenţa unui refuz nemotivat din partea sa de a încheia contractul de achiziţie publică atât timp cât oferta clasată pe locul 2 era admisibilă, în speţă nefiind incidente dispoziţiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Se face trimitere la art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, contestatoarea solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 20369/06.07.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 26885/06.07.2020, a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de solicitând respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă face o scurtă prezentare a modului de derulare a procedurii în cauză și a analizării ofertelor depuse.

De asemenea, arată că nicio ofertantă nu a transmis până la data punctului de vedere dovada prelungirii garanției de participare și a ofertei, astfel încât la acest moment în cadrul procedurii de atribuire nu mai este nicio ofertă valabilă.

Referitor la faptul că invitația la semnarea contractului transmisă prin adresa nr. 15515/19.05.2020 a fost efectuată într-un termen atât de scurt, fără a se consulta programul contestatoarei, autoritatea contractantă susține că, prin adresa nr. 11784/08.04.2020, de atribuire precum și că semnarea contractului va avea loc după expirarea termenelor pentru utilizarea căilor de atac prevăzute de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Criticile potrivit cărora nu a fost înscrisă nicio oră pentru prezentarea la semnarea contractului nu pot fi acceptate întrucât, astfel cum a rezultat ulterior, indiferent de data şi ora stabilită de autoritatea contractantă, contestatoarea a formulat de fiecare dată motive noi pentru a nu se prezenta la semnarea contractului.

Deşi prin adresa nr. 15515/19.05.2020, autoritatea contractantă a precizat în mod clar faptul că „persoana care se va prezenta în vederea semnării contractului trebuie să fie reprezentantul legal sau un împuternicit al SC, cu împuternicire specială dată în acest sens”, contestatoarea a solicitat, prin adresa nr. 15582/19.05.2020 amânarea semnării contractului motivat de faptul că administratorul societăţii este în concediu pentru evenimente familiale deosebite (concediu paternal) începând cu data de 20.05.2020, fapt nedovedit, existând în acest sens o cerere de concediu întocmită și aprobată de administratorul .., în ziua următoare primirii invitației la semnarea contractului.

Prin adresa nr. 15602/19.05.2020, a comunicat faptul că menţine data de semnare a contractului, respectiv 20.05.2020, şi a precizat faptul că un împuternicit al ofertantului poate semna contractul.

Contestatoarea a revenit în a solicita amânarea semnării contractului prin adresa nr. 15627/20.05.2020, motivat de faptul că nici reprezentantul legal, nici ceilalţi angajaţi nu se pot prezenta la semnarea contractului în data de 20.05.2020.

Ulterior, prin adresa nr. 15799/21.05.2020, autoritatea contractantă a stabilit o nouă dată de semnare a contractului, respectiv 27.05.2020 şi a precizat că, în cazul în care ofertantul refuză semnarea contractului, vor fi aplicate prevederile art. 37 alin. (1) lit. c) din HG nr. 395/2016 privind reţinerea garanţiei de participare.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că a efectuat toate demersurile necesare pentru a se asigura de semnarea contractului şi, chiar dacă iniţial a stabilit un termen considerat de contestatoare scurt, ulterior a dat curs solicitărilor acesteia şi a stabilit data de semnare a contractului pentru data de 27.05.2020, la 7 zile

după data stabilită iniţial (20.05.2020) şi la 12 zile după data luării la cunoştinţă a deciziei Consiliului.

Totodată, reiterează faptul că adresele transmise de contestatoare prin care a solicitat amânarea semnării contractului din diferite motive reprezintă în mod vădit tergiversări ale îndeplinirii obligaţiei de a semna contractul, SC … cunoscând la data de 19.05.2020 (data primei invitaţii la semnarea contractului) faptul că este declarată câştigătoare la o procedură de atribuire similară derulată de …

În opinia autorității contractente, după transmiterea rezultatului procedurii de către … urmează să-l semneze, astfel încât a amânat semnarea contractului cu .. data de 27.05.2020, dată la care se împlinea şi termenul de contestare a procedurii derulate de Judeţul Suceava și era invitat la semnarea contractului la .

Prin urmare, consideră că, indiferent de data stabilită de autoritatea contractantă sau de termenul de transmitere a invitației, intenția contestatoarei nu a fost de a semna contractul.

Referitor la imposibilitatea fortuită de executare a contractului, se arată că societatea contestatoare a tergiversat semnarea contractului, începând cu data de 22.05.2020 aceasta ar fi început să efectueze demersuri în vederea reconfirmării disponibilităţii experţilor propuşi pentru prestarea serviciilor; demersurile fiind efectuate ulterior adresei nr. 15799/21.05.2020 (adresa prin care autoritatea contractantă a amânat semnarea contractului şi a pus în vedere contestatoarei faptul că atitudinea acesteia echivalează cu refuzul de semnare a contractului şi urmează a i se reţine garanţia de participare), cu singurul scop de a demonstra faptul că SC … se află în imposibilitatea fortuită de executare a contractului şi pentru a evita pierderea garanţiei de participare.

Contestatoarea cunoștea, încă din data de 15.05.2020, că o parte dintre experţii propuşi pentru executarea contractului vor fi implicaţi în mod cert și în derularea contractului de achiziţie publică urmare procedurii de atribuire organizată de …, aspect ce reiese atât din raportul procedurii nr. 10730/15.05.2020 publicat în SEAP, cât şi din cele precizate de contestatoare, respectiv faptul că ofertele depuse pentru … şi ..includ acelaşi personal.

Pentru a evita pierderea garanţiei de participare şi pentru a nu i se elibera document constatator negativ, contestatoarea a încercat să invoce faptul că se află în imposibilitatea fortuită de executare a contractului, astfel cum se poate observa din toată corespondenţa purtată.

Astfel, în data de 22.05.2020, SC E..SRL a solicitat subcontractantului/şefului de echipă şi inginerului materiale şi asigurarea calităţii reconfirmarea disponibilităţii acestora pentru prestarea serviciilor şi a transmis autorităţii contractante prin adresa nr. 15980/22.05.2020 faptul că se află în imposibilitatea de semnare a contractului motivat de faptul că experţii cheie - factori de evaluare (inginerul materiale şi

asigurarea calităţii şi şeful de echipă) şi-au anunţat indisponibilitatea de a mai colabora pentru prestarea serviciilor din cadrul contractului.

Prin adresa nr. 16136/25.05.2020, autoritatea contractantă transmite că menţine data de semnare a contractului, respectiv 27.05.2020 şi comunică faptul că, în speţă, există trei posibilităţi:

- ofertantul are posibilitatea să înlocuiască personalul/subcontractantul indisponibil conform prevederilor legale (art. 218-220 din Legea nr. 98/2016, art. 150-161 şi art. 162 din HG nr. 395/2016) şi contractuale;
- ofertantul are obligaţia să demonstreze, ataşând documente suport, că este în imposibilitatea fortuită de executare a contractului (ex: subcontractantul/personalul propus iniţial este singurul din zonă care are calificările respective, refuzul altor persoane/subcontractanţi de a presta serviciile etc.) în condiţiile art. 207 alin. (2) Legea nr. 98/2016 raportate la cele ale art. 1351 alin. (3) din Noul Codul civil;
- în lipsa demonstrării de către ofertant a situaţiei de imposibilitate fortuită de executare a contractului, autoritatea contractantă urmează să aplice prevederile art. 37 alin. (1) lit. c) din H.G. nr. 395/2016 privind reţinerea garanţiei de participare;

Luând la cunoştinţă de faptul că autoritatea contractantă consideră dovezile furnizate ca fiind insuficiente pentru demonstrarea imposibilităţii fortuite de executare a contractului, contestatoarea a solicitat în data de 27.05.2020 şi altor experţi nominalizaţi să reconfirme disponibilitatea pentru executarea contractului şi, prin adresa nr. 16310/27.05.2020, comunică faptul că se află în imposibilitatea de semnare a contractului motivat de faptul că experţii …….i-au anunţat indisponibilitatea de a mai colabora pentru prestarea serviciilor din cadrul contractului.

Prin adresa nr. 18902/19.06.2020, Agenția Națională pentru Achiziții Publice precizează faptul că atât timp cât motivul indisponibilităţii experţilor îl reprezintă câştigarea unui alt contract cu acelaşi obiect, cu derulare în acelaşi timp şi în cadrul căruia prestează serviciile acelaşi personal, nu sunt incidente prevederile art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În acest context, toate susţinerile din cadrul contestaţiei privind caracterul imprevizibil ca şi condiţie a cazului fortuit nu sunt aplicabile în speţă.

Participarea în calitate de ofertantă în cadrul celor două proceduri de atribuire, nominalizând în cadrul ofertei aceleaşi persoane în ambele proceduri de atribuire a fost alegerea și decizia sa.

În aceste condiţii, invocarea indisponibilităţii experţilor propuşi nu are caracter imprevizibil şi, drept urmare nu reprezintă imposibilitatea fortuită de executare, reprezintă rezultatul alegerii de către ofertantă a contractului care urmează a fi executat, în detrimentul altei autorităţi contractante.

Contestatoarea nu a dovedit faptul ca ar fi făcut demersuri în vederea înlocuirii personalului devenit indisponibil, rezultând faptul că aceasta nu a dorit în final semnarea și derularea contractului cu

autoritatea contractantă, …. în cadrul procedurii de atribuire experţii nominalizaţi s-au angajat că vor fi disponibili pentru prestarea serviciilor atât pe parcursul perioadei de evaluare, cât şi în timpul derulării contractului, ulterior invitaţiei la semnarea contractului, experţii desemnaţi au decis să nu îşi respecte angajamentele asumate.

Astfel, din documentele depuse şi raportat la cele expuse mai sus, autoritatea contractantă a constatat faptul că ofertantul declarat câştigător în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică de servicii de supervizare a lucrărilor pentru proiectul/obiectivul de investiţii: "REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERĂ STRATEGICĂ 1: lASI-SUCEAVA" cod SMIS 110622 nu a demonstrat imposibilitatea fortuită de executare a contractului.

Referitor la nedeclararea câștigătoare a ofertei clasate pe locul 2 și anularea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 211 și art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că societatea contestatoare, prin amânarea semnării contractului în cauză, a dat dovadă de rea credinţă, aceasta fiind obligată la anularea procedurii de atribuire în cauză.

Prin adresa nr. 236/07.07.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 27114/07.07.2020, …. a depus Concluzii scrise, prin care reiterează aspectele și solicitările din cuprinsul contestației.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliul sub nr. 28461/15.07.2020.

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

…, în vederea atribuirii *contractului de achiziție publică de servicii de supervizare a lucrărilor pentru proiectul/ obiectivul de investiții: ”REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERĂ STRATEGICĂ 1: IAȘI-SUCEAVA” cod SMIS 110622,* prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1015863/09.10.2019. Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de servicii care urmează a se atribui este 2.088.408,41 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai raport calitate-preț*, iar termenul limită de primire a ofertelor este 11.11.2019, ora 15:00.

În cadrul procedurii a fost depusă anterior contestația nr. 232/16.04.2020, înregistrată la Consiliu nr. 15082/21.04.2020, de către asocierea …, prin liderul de asociere …A, respinsă, ca nefondată, prin decizia nr. 743/C9/713 din 08.05.2020.

Nemulțumită fiind de anularea procedurii de atribuire comunicată prin adresa nr. 18539/17.06.2020, pentru motivele evocate anterior, SC .. a depus contestația în analiză.

Contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de 41.768,16 lei, conform art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la

dosar recipisa de consemnare nr. 206358938/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala Iași, la data de 01.07.2020.

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, prin adresa nr. 18539/17.06.2020, contestatoarea a fost informată că procedura a fost anulată, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) teza finală din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului.

Anterior luării acestei măsuri, prin adresa nr. 15515/19.05.2020, transmisă prin e-mail în data de 19.05.2020, ora 08:44, autoritatea contractantă a invitat societatea …RL, în data de 20.05.2020, să semneze contractul aferent procedurii în cauză.

Prin adresa nr. 147/19.05.2020, societatea a solicitat amânarea semnării contractului, la o dată ulterioară, stabilită de comun acord, motivat de faptul că administratorul societății este, începând cu data de 20.05.2020, în concediu pentru evenimente familiale deosebite. A fost atașată o cerere de concediu semnată de ….

Prin adresa nr. 15602/19.05.2020, autoritatea contractantă comunică menținerea datei de 20.05.2020 pentru semnarea contractului, menționând posibilitatea semnării contractului de către împuternicit.

Prin adresa nr. 149/20.05.2020, ofertanta a reiterat solicitarea de amânare a semnării contractului, invocând faptul că ceilalți ingineri, potențiali reprezentanți împuterniciți, sunt angajați în vizite de lucru pe teren, întâlniri stabilite cu o săptămână înainte de a primi invitația pentru semnarea contractului.

Ulterior, prin adresa nr. 15799/21.05.2020, autoritatea contractantă a acceptat amânarea semnării contractului până la data de 27.05.2020.

Ca răspuns la cea din urmă adresă, prin adresa nr. 157/ 22.05.2020, Ecomary ……art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 143 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și să ia act de neputința sa de a semna contractul, justificată de faptul că inginerul materiale și asigurare a calității, .. și șeful de echipă, ……..și-au anunțat indisponibilitatea de a mai colabora în contract.

Prin adresa nr. 166/27.05.2020, ofertanta a solicitat din nou autorității contractante să constate …. Consideră că nu sunt în situația prevăzută de art. 37 alin. (1) lit. c) din HG nr. 395/2016, prin care să i se rețină garanția de participare pe motivul refuzării semnării contractului. A adăugat că, în aceeași situație, sunt și experții: …. economic că trebuie să demonstreze imposibilitatea fortuită de executarea contractului, în caz contrar urmând a fi aplicate dispozițiile art. 37 alin. (1) lit. c) din HG nr. 395/2016. A fost reiterată data pentru semnarea contractului, 27.05.2020.

Prin adresa nr. 16432/27.05.2020, … a solicitat Agenției Naționale pentru Achiziții Publice punctul de vedere asupra situației create.

În adresa de răspuns nr. 5923/16.06.2020, agenția a informat autoritatea contractantă că, în situația în care ofertantul a cărui ofertă a

fost declarată câștigătoare nu demonstrează situația de forță majoră sau imposibilitatea fortuită de a executa contractul, posibilitate prevăzută la art. 207 alin. (2) din lege nu mai este aplicabilă, autoritatea contractantă aflându-se, în acest caz, în situația prevăzută la art. 212 alin. (1) lit. c), teza finală, din Legea nr. 98/2016, având, totodată, obligația, în acest caz de a reține garanția de participare în conformitate cu dispozițiile art. 37 alin. (1) lit. c) din Anexa la HG nr. 395/2016. S-a adăugat că, din informațiile transmise, a rezultat că operatorul economic a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare a mai participat la o altă procedură de atribuire, având obiect similar, nominalizând aceiași experți cheie și același subcontractant, respectivul contract derulându-se în același timp cu cel în discuție. Prin urmare, în măsura în care acesta este motivul anunțării indisponibilității experților cheie nominalizați în contract, precum și a subcontractantului declarat, apreciază că o asemenea situație nu se încadrează într-un eveniment care nu a putut fi prevăzut ori împiedicat de respectivul operator economic.

Prin adresa nr. 16627/29.05.2020, autoritatea contractantă a adus la cunoștința ofertantei posibilitatea înlocuirii experților și a subcontractantului și a comunicat faptul că nedemonstrarea imposibilității fortuite de executare a contractului conduce la aplicarea art. 37 alin. (1) lit. c) din HG nr. 395/2016 privind reținerea garanției de participare, precum și a art. 144 și art. 166 alin. (2) coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 177/02.06.2020, în care a arătat că este în imposibilitatea contractării unui nou subcontractant și a unor noi experții și că se află în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, neputând fi aplicabile dispozițiile invocate de achizitoare.

În dispoziția nr. 434/16.06.2020 pentru aprobarea anulării procedurii, s-au consemnat următoarele:

Avand în vedere raportul procedurii de atribuire a contractului de achizitie publica de servicii de supervizare a lucrarilor pentru proiectul/ obiectivul de investitii: "REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERA STRATEGICA 1: IASI-SUCEAVA" cod SMIS 110622, anunt de participare nr. CN1015863/09.10.2019 înregistrat cu nr. 11776/08.04.2020 prin care a fost declarata castigatoare oferta depusa de SC .. avand ca tert sustinator pe: … (Angajament ferm privind sustinerea tehnica si/sau profesionala a ofertantului - experienta similara) si subcontractanti pe SC .

Avand in vedere invitatiile la semnarea contractului de achizitie publica sus mentionat transmise ofertantului castigator SC … prin adresele nr. 15515/19.05.2020, nr. 15602/19.05.2020, nr. 15799/21.05.2020 si nr. 16136/25.05.2020,

Avand în vedere adresele nr. 15582/19.05.2020 si nr. 15627/ 20.05.2020 prin care SC EC…SRL solicita amanarea datei de semnare a contractului,

Avand in ve…SRL comunica faptul ca se afla în imposibilitatea de semnare a contractului, motivat de faptul ca parte din personalul propus si-a anuntat indisponibilitatea de a mai colabora pentru prestarea serviciilor din cadrul contractului,

Avand în vedere faptul ca potrivit SEAP, https://e-licitatie.ro/pub/ procedure/view/100108499/, prin raportul procedurii nr. 10730/15.05.2020, SC ..SRL avand ca subcontractant pe … ASISTENTA TEHNICA IN CONSTRUCTIl a fost declarat

castigator al procedurii de atribuire a contractului de servicii de asistenta tehnica pentru supervizarea executiei lucrarilor de reabilitare si modernizare a 75,739 km de drumuri judetene aferente UAT Judetul Suceava, pe 2 loturi de lucrari, ce vor fi executate in cadrul proiectului de investitii „Regiunea Nord - Est - Axa rutiera strategics 1: lasi - Suceava", anunt de participare CN 1018197/17.01.2020,
Avand in vedere faptul ca, astfel cum rezulta de mai sus, SC RL a participat la o alta procedura de atribuire, avand un obiect similar si nominalizand acelasi subcontractant, .. TEHNICA IN CONSTRUCTll, respectivul contract derulandu-se in acelasi timp cu cel ce urma a fi atribuit de
27.05.2020 .. nu s-a prezentat la semnarea contractului cu si a transmis prin adresa nr. 16310/27.05.2020 ca mare parte din personalul propus este indisponibil pentru prestarea serviciilor aferente contractului,
Avand in vedere faptul ca semnarea contractului de servicii de asistenta tehnica pentru supervizarea executiei lucrarilor de reabilitare si modernizare a 75,739 km de drumuri judetene aferente UAT Judetul Suceava, pe 2 loturi de lucrari, ce vor fi executate in cadrul proiectului de investitii „Regiunea Nord - Est - Axa rutiera strategical 1: lasi - Suceava" a avut loc in data de 27.05.2020.
Avand in vedere faptul ca, din documentele depuse si raportat la cele expuse mai sus se constata faptul ca ofertantul declarat castigator in cadrul procedurii de atribuire a contractului de achizitie publica de servicii de supervizare a lucrarilor pentru proiectul/obiectivul de investitii: "REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERA STRATEGICA 1: lASl-SUCEAVA" cod SMIS 110622 nu demonstreaza imposibilitatea fortuita de executare a contractului.
Avand in vedere faptul ca lipsa dovezilor privind imposibilitatea fortuita de executare a contractului echivaleaza cu refuzul semnarii contractului de achizitie publica, fiind aplicabile in acest caz prevederile art. 144 din HG nr. 395/2016,
Avand in vedere faptul ca dispozitiile art. 207 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 sunt de stricta interpretare in sensul ca autoritatea contractanta are dreptul sa declare castigatoare oferta clasata pe locul 2, in conditiile in care aceasta este admisibila numai daca autoritatea contractanta nu poate incheia contractul cu ofertantul a carui oferta a fost stabilita ca fiind castigatoare, din cauza faptului ca ofertantul in cauza se afla intr-o situatie de forta majora sau in imposibilitatea fortuita de a executa contractul,
Avand in vedere faptul ca dispozitiile legale in materia achizitiilor publice nu prevad posibilitatea ca autoritatea contractanta sa declare castigatoare oferta clasata pe locul 2 daca ofertantul declarat initial castigator refuza sa incheie contractul,
Avand in vedere prevederile art. 207 alin. 2 Legea nr. 98/2016:
(2) In cazul in care autoritatea contractanta nu poate incheia contractul cu ofertantul a carui oferta a fost stabilita ca fiind castigatoare, din cauza faptului ca ofertantul in cauza se afla intr-o situate de forta majora sau in imposibilitatea fortuita de a executa contractul, autoritatea contractanta are dreptul sa declare castigatoare oferta clasata pe locul 2, in conditiile in care aceasta este admisibila.
Avand in vedere prevederile art. 1351 alin. (3) din Noul Codul civil:
„(3) Cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevazut si nici impiedicat de catre cel care ar fi fost chemat sa raspunda daca evenimentul nu s-ar fi produs".
Avand in vedere art. 37 alin. (1) lit, c) din H.G. nr. 395/2016, privind retinerea garantiei de participare:
(1) Autoritatea contractanta are obligatia de a retine garantia de participare atunci cand ofertantul se afla în oricare dintre urmatoarele situatii:
c) oferta sa fiind stabilita castigatoare, refuza sa semneze contractul de achizitie publica/acordul-cadru in perioada de valabilitate a ofertei.
Avand in vedere dispozitiile art. 144 coroborate cu cele ale art. 166 alin. 2 din H.G. nr. 395/2016 si ale art. 167 alin. (1) lit, g) din Lege:
✓ Art. 144 H.G. nr. 395/2016

(1) Fara a afecta prevederile art. 143 alin. (2), refuzul nemotivat al ofertantului declarat castigator de a semna contractul de achizitie publica/acordul-cadru este asimilabil situatiei prevazute la art. 167 alin. (1) lit g) din Lege.
(2) In situatia prevazuta la alin. (1) sunt aplicabile dispozitiile art. 166 alin. (2).
✓ Art. 166 H.G. nr. 395/2016 (2) In situatia prevazuta la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite in termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit incheiat contractul de achizitie publica/acordul-cadru, daca ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, in cazul in care exista contract semnat.
✓ Art. 167 Legea nr. 98/2016 (1) Autoritatea contractanta exclude din procedura de atribuire a contractului de achizitie publica/acordului-cadru orice operator economic care se afla in oricare dintre urmatoarele situatii:
g) operatorul economic si-a incalcat in mod grav sau repetat obligatiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achizitii publice, a unui contract de achizitii sectoriale sau al unui contract de concesiune incheiate anterior, iar aceste incalcari au dus la incetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sanctiuni comparabile;
Avand in vedere prevederile art. 211 din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice:
"Procedura de atribuire se finalizeaza prin:
a) incheierea contractului de achizitie publica/acordului-cadru; sau
b) anularea procedurii de atribuire."
Avand in vedere prevederile art. 212 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice:
"(1) Autoritatea contractanta are obligatia de a anula procedura de atribuire a contractului de achizitie publica/acordului-cadru in urmatoarele cazuri:
c) daca incalcari ale prevederilor legale afecteaza procedura de atribuire sau daca este imposibila incheierea contractului;
Avand in vedere dispozitiile Legii nr. 98/19 mai 2016 privind achizitiile publice,
Avand in vedere prevederile Hotararii Guvernului nr. 395/2 iunie 2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achizitie publica/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice,
Avand in vedere dispozitiile art. 191 alin.(1) lit. f) din OUG 57/2019 privind Codul administrativ,
In temeiul art. 196 alin. (1) lit. b) din OUG 57/2019 privind Codul administrativ,
DISPUNE :
Art. 1 Se aproba anularea procedurii de atribuire a contractului de achizitie publica de servicii de supervizare a lucrarilor pentru proiectul/obiectivul de investitii: "REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERA STRATEGICA 1: IASI- SUCEAVA" cod SMIS 110622, anunt de participare nr. CN1015863/09.10.2019 conform prevederilor art. 212 alin. 1 lit. c) teza finala din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice.
Art. 2 Se aproba retinerea garantiei de participare constituita de … supervizare a lucrarilor pentru proiectul/obiectivul de investitii: "REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERA STRATEGICA 1: IASI-SUCEAVA" cod SMIS 110622, anunt de participare nr. CN1015863/09.10.2019 conform prevederilor art. 37 alin. (1) lit. c) din HG nr. 395/2016.
Art. 3 Se aproba emiterea documentului constatator a contractului de achizitie publica de servicii de supervizare a lucrarilor pentru proiectul/obiectivul de investitii: "REGIUNEA NORD - EST - AXA RUTIERA STRATEGICA 1: IASI-SUCEAVA" cod SMIS 110622, anunt de participare nr. CN1015863/09.10.2019 conform prevederilor art. 166 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Față de cele prezentate mai sus, Consiliul constată că decizia de anulare a procedurii de atribuire a fost luată de către autoritatea contractantă cu respectarea prevederilor legale.

Astfel, un prim aspect criticat prin contestație și asupra căruia trebuie să se pronunțe Consiliul este cel referitor la imposibilitatea semnării contractului de către contestatoare din cauza termenului foarte scurt stabilit de achizitoare. Or, se poate constata că raportul procedurii nr. 11776/08.04.2020, prin care s-a stabilit rezultatul procedurii a fost emis la data de 08.04.2020, împotriva acestuia fiind formulată contestația nr. 232/16.04.2020, înregistrată la Consiliu nr. 15082/21.04.2020, de către asocierea ……., respinsă, ca nefondată, prin decizia nr. 743/C9/713 din 08.05.2020.

Așadar, încă din data de 08.05.2020, contestatoarea … cunoștea că rezultatul procedurii nu a fost modificat de Consiliu.

Având sediul în municipiul Iași și având în vedere perioada cuprinsă între data raportului procedurii și data transmiterii invitației pentru semnarea contractului (19.05.2020), stabilirea ca dată pentru semnarea contractului a zilei de 20.05.2020 nu se poate susține că pune operatorul economic în imposibilitatea asigurării prezenței sale la sediul autorității.

Aspectele invocate pentru amânarea semnării, respectiv concediul pentru evenimente deosebite și implicarea inginerilor care ar fi putut primi împuternicire în activități pe teren nu pot constitui motive pentru a se considera că există o împiedicare de neînlăturat a prezenței pentru semnarea contractului.

Fiind o obligație a sa și, mai mult, fiind și interesul său semnarea contractului, ofertanta trebuia să depună toate diligențele pentru asigurarea reprezentantului legal sau a unei persoane împuternicite pentru semnarea contractului.

Separat de cele de mai sus, se reține că, deși, prin adresa nr. 15799/21.05.2020, autoritatea contractantă a acceptat amânarea semnării contractului până la data de 27.05.2020, nici la această dată operatorul economic nu s-a prezentat pentru semnarea contractului.

Așadar, se observă că achizitoarea a luat toate măsurile pentru acordarea posibilității ……..RL să semneze contractul, însă aceasta a refuzat să se prezinte pentru semnarea contractului.

În ce privește cel de-al doilea aspect invocat în contestație pentru nesemnarea contractului, respectiv imposibilitatea fortuită a executării contractului pe motiv că subcontractantul și anumiți experți nu și-au mai arătat disponibilitatea pentru participarea la executarea serviciilor care fac obiectul contractului, Consiliul reține că, în mod repetat, autoritatea contractantă a solicitat societății … să facă dovada imposibilității fortuite a executării contractului, la fiecare adresă ofertanta având aceleași explicații, reluate și în contestație, vizând angajarea subcontractantului și a anumitor experți nominalizați într-un alt contract încheiat cu …

Or, față de dispozițiile art. 1351 alin. (3) din Codul civil potrivit cărora Cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevazut si nici impiedicat de catre

cel care ar fi fost chemat sa raspunda daca evenimentul nu s-ar fi produs, nu se poate susține că alegerea operatorului economic de a semna un contract cu o altă autoritate contractantă în care este implicat personalul nominalizat în ofertă este un caz fortuit.

Operatorul economic este cel care trebuie să își stabilească procedurile la care participă și modul de executare a contractelor, în situația în care oferta sa este declarată câștigătoare, culpa sa cu privire la dimensionarea personalului și a procedurilor nefiind motiv pentru considerarea existenței unei imposibilități fortuite de executare a contractului.

De asemenea, imposibilitatea sa de a înlocui subcontractantul sau personalul implicat nu poate conduce la concluzia intervenirii unei situații de forță majoră sau caz fortuit.

În ce privește întârzierea finalizării procedurii, se reține că nu a fost stabilită o anumită perioadă pentru atribuirea contractului, existând și o contestație depusă anterior, astfel că acesta nu poate fi un motiv pentru invocarea nesemnării contractului. Ofertanta trebuia să aibă în vedere o astfel de situație, în caz contrar fiind aplicate sancțiunile prevăzute de legislația în vigoare.

Din întreaga corespondență purtată de autoritatea contractantă cu societatea contestatoare se pot observa diligențele repetate ale achizitoarei în a acorda petentei posibilitatea de a justifica imposibilitatea fortuită de executare a contractului, care însă nu a fost dovedită de aceasta.

De altfel, și punctul de vedere al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice este în același sens, respectiv de a considera că, în cazul invocat de contestatoare, se putea recurge la înlocuirea personalului și a subcontractantului, implicarea acestora într-o altă procedură neputând fi considerată o imposibilitate fortuită de executare a contractului, fiind aplicabile dispozițiile art. 144 alin. (1) din normele metodologice aporbate prin HG nr. 395/2016 potrivit cărora *Fără a afecta prevederile art. 143 alin. (2), refuzul nemotivat al ofertantului declarat câştigător de a semna contractul de achiziţie publică/acordul-cadru este asimilabil situaţiei prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.*

Cum a reținut și autoritatea contractantă dispozițiile art. 207 alin. (2) Legea nr. 98/2016 [In cazul in care autoritatea contractanta nu poate incheia contractul cu ofertantul a carui oferta a fost stabilita ca fiind castigatoare, din cauza faptului ca ofertantul in cauza se afla intr-o situate de forta majora sau in imposibilitatea fortuita de a executa contractul, autoritatea contractanta are dreptul sa declare castigatoare oferta clasata pe locul 2, in conditiile in care aceasta este admisibila] permit declararea câștigătoare a ofertei clasate pe locul 2, în situația în care contractul nu a fost încheiat pentru situația de forță majoră sau imposibilitate fortuită de executare a contractului, ceea ce …. nu a demonstrat.

Astfel fiind, cu respectarea dispozițiilor legale, autoritatea contractantă, ……. luat măsura anulării procedurii și reținerii garanției de participare depuse de contestatoare, cu consecința aplicării art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cele prezentate în mod detaliat de achizitoare în decizia de aprobare a anulării procedurii au fost în mod corect reținute, astfel că se constată a fi nefondate criticile formulate, contestația urmând a fi respinsă în consecință.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația SC .., în contradictoriu cu ..

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

….

Redactată în 4 exemplare, conține 17 pagini