



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. 2027 / C9 / 2157, 2171
Data: 04.11.2020**

Prin contestația nr. 19/05.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43023/05.10.2020, depusă de SC SRL, cu sediul în, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată legal de, împotriva deciziei unilaterale și necomunicate în termen de a anula procedura de achiziție publică inițiată de autoritatea contractantă, precum și a documentelor intitulate Dispoziția nr. 117/01.10.2020, raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020, respectiv, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică nr. 5634/01.10.2020, procedură organizată de, cu sediul în comuna, județul, în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect Servicii de proiectare și asistență tehnică aferentă obiectivului de investiții: „Reabilitarea infrastructurii rutiere afectate de inundații din Comuna, județul, cod CPV 71322000-1 Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev. 2), a solicitat:

- pe cale de excepție, constatarea nelegalității raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii (nr. 5633/01.10.2020 și 5634/01.10.2020), a tardivității realizării și comunicării acestora de către autoritatea contractantă, precum și obligarea autorității contractante la anularea acestora cu consecința remedierii procedurii în sensul reevaluării ofertei sale, respectiv de a relua analiza ofertei sale,

respectiv constatarea nelegalității Dispoziției nr. 117/01.10.2020 luată de către primarul pentru depășirea atribuțiilor prin emiterea acesteia; - pe fondul cauzei, anularea deciziei de anulare a procedurii de achiziție publică, întrucât documentele atacate nu sunt culpa niciunuia dintre operatorii economici, ci culpa proprie a autorității contractante, iar invocarea culpei proprii nu poate servi drept motiv de anulare a procedurii, precum și a Dispoziției nr. 117/01.10.2020, a raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020 și a comunicării nr. 5634/01.10.2020, precum și remedierea procedurii în sensul reluării acesteia și reevaluarea ofertei sale, și obligarea autorității contractante la acordarea accesului la documentele dosarului achiziției publice, inclusiv, solicitarea de vizualizare a acestora la CNSC.

Prin contestația nr. 397/05.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 43132/05.10.2020, depusă de SC SRL, cu sediul în, str. ..., județul ..., având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului reprezentată legal de ..., împotriva raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020, emis în cadrul aceleiași proceduri simplificate, organizată de, s-a solicitat admiterea contestației și și a comunicării nr. 5634/01.10.2020, prin care i s-a comunicat că procedura a fost anulată în baza art. 212 alin. (2) lit. c) din Legea 98/2016, coroborate cu prevederile alin. (3), și obligarea autorității contractante la reluarea și continuarea procedurii de atribuire, precum și emiterea unor comunicări privind rezultatul procedurii.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectele dosarelor nr. 2157/2020 și 2171/2020, au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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 prin care ofertantul SC SRL critică decizia unilaterală și necomunicată în termen de autoritatea contractantă de anulare a procedurii de achiziție publică, precum și documentele intitulate Dispoziția nr. 117/01.10.2020, raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020 și, respectiv, comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică nr. 5634/01.10.2020, toate fiindu-i transmise ca urmare a unei solicitări făcute la câteva zile după ce a apărut pe SEAP bifat faptul că procedura a fost anulată, fără a i se comunica motivele legale.

În preambul, contestatoarea precizează aspecte generale ale procedurii de atribuire, precum și aspecte particulare cu privire la modul de desfășurare a acesteia.

Pe data de 28 septembrie, a aflat că procedura în cauză a fost anulată, în mod ilegal, deoarece niciunul din operatorii economici participanți în procedură nu a fost anunțat cu privire la acest demers.

Singura modalitate prin care a aflat cu privire la anularea procedurii respective a fost consultarea platformei SEAP/SICAP unde a fost „bifată” anularea procedurii. Ori, simpla apăsare a unui buton nu echivalează cu niciun document juridic și a considerat că a fost nedreptățită în ceea ce o privește, motiv pentru care a considerat că este preferabil să facă demersurile pe cale administrativă în sensul clarificării situației.

Prin urmare, în data de 01.10.2020, a transmis autorității contractante o adresă prin care a solicitat:

- vizualizarea dosarului achiziției publice;
- posibilitatea solicitării și efectuării de fotocopii ale documentelor considerate a fi relevante, inclusiv a propunerilor tehnice și financiare ale operatorilor economici participanți în procedură, acele părți față de care ofertanții nu au formulat o declarație cu privire la protecția drepturilor de autor, iar în cazul în care astfel de declarații de protejare a drepturilor de autor au fost formulate, posibilitatea efectuării de copii xerox după acele declarații, dar și cu privire la eventuale solicitări de clarificare a operatorilor economici participanți sau către aceștia și răspunsurile date, procesele-verbale de analiză a ofertelor, raportul procedurii și comunicarea rezultatului raportului procedurii etc;
- vizualizarea registrului de înregistrări al autorității contractante cu începere de la data publicării anunțului de participare simplificat nr. SCN1067873/08.05.2020 și până la data anulării procedurii de atribuire, pentru a putea confrunța veridicitatea datelor din raportul procedurii și din comunicarea procedurii, precum și posibilitatea efectuării de fotocopii după paginile din registrul de înregistrări documente.

Pe cale de excepție, contestatoarea consideră că analiza autorității contractante nu a fost făcută de o manieră optimă și obiectivă și, prin urmare, documentele emise de aceasta ulterior datei la care a anulat, doar pe SEAP/SICAP, procedura de atribuire în cauză reprezintă un paravan cu pretenții de legalitate și solicită în primul rând constatarea nerespectării prevederilor legale cu privire la documentele ca atare.

Astfel, potrivit prevederilor art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a face publică decizia de anulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, însoțită de justificarea anulării procedurii de atribuire, prin intermediul platformei electronice prevăzute la art. 150 alin. (1), în termen de 3 zile de la adoptarea deciziei de anulare.

Decizia de anulare și raportul procedurii nu s-au făcut cu respectarea legii. Potrivit Anexei nr. 5 al Ordinului ANAP nr. 1581/2018, în raportul procedurii trebuie să fie completat cap. 4 cu privire la conflictul de interese.

Autoritatea contractantă a cumpărat, în data de 24.04.2020, după cum rezultă din anunțul de cumpărare directă DA25512856, servicii de consultanță privind organizarea procedurii simplificate de achiziții în analiză de la PFA CABINET DE AVOCAT ..., iar avocat ... figurează printre persoanele cu funcție de decizie, față de care participanții la procedură

au avut de semnat declarații cu privire la conflictul de interese, raportat la art. 59 și art. 60 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă a înlocuit consultantul în data de 26.05.2020 cu societatea SC ... SRL după cum rezultă din anunțul de cumpărare directă DA25690863 și, fie din rea credință, fie din neglijență, nu a mai comunicat acest aspect participanților în procedură care trebuiau să completeze o declarație în sensul celor de mai sus.

Se menționează în raportul procedurii doar faptul că pe durata acesteia nu au fost semnalate conflicte de interese, dar informația nu este plauzibilă pentru că autoritatea contractantă nu a dus toate diligențele în acest sens.

De asemenea, în raportul procedurii este menționat la evaluarea propunerii tehnice că „Nu este cazul” și motivația este dată în alineatele precedente în care achizițarea se străduiește să convingă de faptul că, din cauza pandemiei, consilierul pe achiziții publice nu a putut să își îndeplinească obligațiile. Nu este specificat cine dintre consilierii pe achiziții publice nu a avut timpul necesar, avocat Ioana Grojdea care a fost înlocuită a doua zi după ce i s-a transmis o cerere de clarificare cu privire la oferta tehnică, sau reprezentantul/reprezentanții societății SC SPES CONSULTING SRL, care au avut timp vreme de trei luni să verifice propunerile tehnice și susțin că au fost în imposibilitate, deși măsurile mai restrictive cu privire la contextul pandemic fuseseră luate până la data de 15 mai. Adică aceiași reprezentanți legali pe achiziții publice care ar fi putut, alături probabil de personalul de specialitate din PRIMĂRIA, dar mai ales membrii comisiei de evaluare a ofertelor, să abordeze varianta legală a prelungirii termenului de evaluare a propunerilor tehnice.

Așadar, o fundamentare a anulării procedurii de atribuire, având ca motiv neducerea la îndeplinire a obligației de solicitare a prelungirii ofertelor de către autoritatea contractantă, ar fi o acceptare a unui act administrativ ce produce efecte față de terți și care se justifică pe culpa proprie a autorității contractante, fapt inadmisibil din punct de vedere juridic.

Autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări pentru a confirma menținerea ofertelor și de a le solicita prelungirea acestora. Ori, în lipsa îndeplinirii acestei diligențe, operatorii economici, între care și contestatoarea, au fost puși în imposibilitatea de a confirma și prelungi ofertele. Orice prelungire a acestora necesită de la asigurator sau entitatea bancară o solicitare a autorității contractante. Așadar, în cazul adoptării unei măsuri de remediere, având în vedere faptul că a arătat interes față de procedura în cauză, se impune ca autoritatea contractantă să-i solicite un document de prelungire a garanției de participare, asigurând acoperirea inclusiv a perioadei scurse din culpa exclusivă a autorității contractante.

Din prisma acestor aspecte raportul procedurii și, pe cale de consecință, și comunicarea rezultatului, reprezintă două acte care nu au

fost întocmite cu respectarea prevederilor legale și se impune anularea lor.

În eventualitatea în care se consideră, totuși, a fi acte legal întocmite, își rezervă dreptul de a invoca tardivitatea acestora în sensul că acestea trebuiau să existe la data la care procedura a fost anulată, respectiv 28.09.2020. Ba chiar înainte de aceasta cu maxim trei zile după cum specifică legiuitorul. Crede că din acest punct de vedere, raportul procedurii și comunicarea rezultatului procedurii sunt tardiv realizate și crede că întocmirea lor pe data de 01.10.2020 a fost un efort al autorității contractante de a-i înșela vigilența ca urmare a solicitării sale din data de 01.10.2020 cu privire la accesul la documentele din dosarul achiziției. Cu alte cuvinte, în condițiile în care procedura a fost ilegal anulată pe data de 28.09.2020, atunci raportul procedurii și comunicarea rezultatului procedurii trebuiau să fie din 25.09.2020 până în 28.09.2020, nicidecum pe data de 01.10.2020.

De asemenea, referitor la cea de-a doua excepție invocată și anume la nelegalitatea dispoziției de primar cu privire la anularea procedurii de atribuire, contestatoarea face precizarea că anularea procedurii nu se face de către primar. Potrivit Legii nr. 98/2016 și a HG nr. 395/2016, conducătorul autorității contractante, în cazul de față primarul COMUNEI, nu are atribuții legale cu privire la anularea unei proceduri de atribuire a vreunui contract de achiziție publică. Orice decizie în acest sens aparține comisiei de evaluare a ofertelor. Desigur, atributul primarului este doar de a aproba raportul procedurii și, în eventualitatea în care nu a aprobat acest document, să solicite comisiei clarificări suplimentare. Invocarea art. 196 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 57/2019 privind Codul Administrativ nu arată decât abordarea superficială sau lapidară a conducătorului autorității contractante care dispune anularea unei proceduri de achiziție publică fără a avea temei legal în legislația specială, legislație care primează în fața unei legi cu caracter general. Nu există nicio prevedere în Legea nr. 98/2016 care să îi dea dreptul sau să îi confere obligația primarului de a da dispoziții de anulare a procedurii câtă vreme autoritatea contractantă este reprezentată în procedura de achiziții publice de comisia de evaluare a ofertelor.

Prin urmare, contestatoarea solicită Consiliului să constate nulitatea dispoziției de primar ca acte de decizie a anulării procedurii de atribuire, ca fiind un act administrativ emis de o persoană fără competență juridică.

Pe cale de consecință, având în vedere lipsa justificării actelor administrative, lipsa competenței emitentului dispoziției, tardivitatea emiterii acestora în raport cu actul de anulare în SICAP, lipsa unei solicitări de clarificare asupra ofertelor, invocarea propriei culpe a autorității contractante în adoptarea deciziilor unilaterale, solicită admiterea excepțiilor invocate și dispunerea reluării procedurii cu evaluarea ofertei sale și cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

Pe fond, înainte de toate, subliniază că înțelege să-și mențină toate elementele inserate în partea de excepții de nelegalitate, completând cu noi elemente considerate relevante analiza de fond a cauzei.

Privitor la primul capăt de cerere, respectiv anularea deciziei unilaterale și necomunicate în termenul și în forma stabilită de legislație de a anula procedura de achiziție publică în cauză, constată că atât raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020, cât și comunicarea rezultatului procedurii nr. 5634/01.10.2020, precum și, implicit, dispoziția nr. 117/01.10.2020, nu fac referire la culpa vreunuia dintre participanți, ci este culpa proprie a autorității contractante, iar invocarea culpei proprii nu poate servi drept motiv de anulare a procedurii.

Pe lângă aspectele de legalitate menționate, aspecte pe care și le menține, face precizarea că, atât pe formă cât și pe fond, consideră nelegale și netemeinice actele autorității contractante, reprezentând raportul procedurii și comunicarea rezultatului procedurii.

În motivarea din cuprinsul raportului procedurii se arată că autoritatea contractantă a constatat că, după data de 18.09.2020, au expirat garanțiile de participare și fiindcă ofertanții nu și le-au reînnoit a fost nevoită să anuleze procedura.

Astfel, COMUNA își invocă propria culpă, deoarece era obligată să notifice operatorilor economici care au depus oferte în procedura respectivă de achiziții cu privire la expirarea termenului și la necesitatea prelungirii valabilității ofertelor și a garanției. Acest lucru nu s-a produs, cu toate că operatorii participanți nu pot face prelungirea perioadei de acordare a garanției de participare în lipsa unei solicitări exprese în acest sens din partea autorității contractante, nicio firmă de asigurări sau broker de asigurări neputând prelungi cu de la sine putere garanția.

Pe cale de consecință, odată admis primul punct al cererii de pe fondul cauzei cu privire la anularea deciziei autorității contractante, consideră că de la sine se impune acceptarea capătului al doilea al cererii sale cu privire la reluarea procedurii cu analizarea ofertei sale, analiză care să fie făcută de comisia de evaluare cu respectarea prevederilor legale, inclusiv cu obligarea autorității contractante la remedierea deficiențelor referitoare la declarațiile care trebuie completate cu privire la reprezentantul noului consultant.

Așa cum a precizat la capetele de cerere pe excepție, au relevanță, deopotrivă, și pe fond, astfel că reiterează argumentele menționate în susținerea excepțiilor de nelegalitate și tardivitate a documentelor contestate.

De asemenea, notifică pe această cale că își menține interesul pentru prezenta procedură, oferta sa fiind fermă și pe care o va prelungi conform celor solicitate de autoritate.

Totodată, subliniază faptul că nu este vorba de un refuz al său de a prelungi oferta și garanția de participare (constituită prin virament bancar, banii de garanție de participare fiind în contul și la dispoziția autorității contractante, a cărei restituire nu a solicitat-o), întrucât

autoritatea contractantă nu a solicitat acest aspect. Ori, legiuitorul stabilește la art. 137 alin (2) lit. i) din HG nr. 395/2016 că o ofertă este inacceptabilă doar dacă are loc un refuz al operatorului economic de a prelungi oferta. Ori, pentru a exista un refuz, trebuie să existe o solicitare, conform art. 137 alin. (2) în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege.

Conform cu art. 124 din HG nr. 395/2016, oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant. Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/ acordului-cadru. Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă. Ori, pe această cale, se constată faptul că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a solicita prelungirea ofertelor și a garanțiilor. Ori, în lipsa solicitării nu poate exista un refuz sau o neconformare la aceste solicitări. Din acest motiv, nu poate exista sancțiunea declarării ca inacceptabilă a ofertei sale, ci măsura de remediere este de a repune părțile în procedură, în sensul obligării autorității de a adresa pe platforma SICAP a unei solicitări de clarificare privind prelungirea ofertei și a garanției față de SC SRL ca măsură de repunere în evaluare. De altfel, în acest sens subzistă și practica CNSC anterior apariției Legii nr 98/2016, a HG nr. 395/2016, cât și ulterior apariției, precum și practica la nivelul curților de apel.

Pe de altă parte, capătul de cerere privind evaluarea ofertei sale are ca și temeinicie faptul că, în baza interesului său legitim, contestatoarea înțelege a-și apăra interesele prin intermediul contestației și arată, astfel, că își menține oferta.

Raportul procedurii, cât și comunicarea rezultatului procedurii, precum și dispoziția cu privire la anularea procedurii sunt, din considerentele precizate la excepție, ilegale și tardive, drept pentru care consideră că ar trebui dispusă de către Consiliu anularea respectivelor acte. Fie și numai din acest motiv al vicierei, procedurii de atribuire prin încălcarea obligației la transparență și a obligației de verificare a existenței conflictului de interese, consideră faptul că raportul procedurii este un act administrativ adoptat în condiții de nelegalitate.

În final, consideră că ar trebui ca autoritatea contractantă să dea curs solicitării sale nr. 17/5629/01.10.2020, iar pentru că nu a procedat

de maniera aceasta, solicită Consiliului obligarea autorității contractante la a-i permite accesul la documentație.

Împotriva raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020, emis în cadrul aceleiași proceduri simplificate, SC SRL a depus contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 43132/05.10.2020, solicitând cele precizate în partea introductivă.

În preambul, prezintă modul de desfășurare a procedurii, menționând că, la data de 01.10.2020, autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020, prin care susține că „având la bază procesul de evaluare desfășurat și relatat în prezentul raport final, hotărăște anularea procedurii de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 (...)”.

Motivele care au stat la baza anulării procedurii sunt redată la pag. 4 a raportului procedurii, fiind precizat că la data de 18.09.2020 au expirat garanțiile de participare constituite pentru procedura de achiziție, și că luând în considerare evoluția situației epidemiologice determinate de răspândirea coronavirusului SARS-CoV2, consilierul achiziții publice, din motive întemeiate nu a putut asigura buna funcționare a procesului de evaluare a ofertelor și nu a transmis solicitări de prelungire a garanțiilor de participare și a valabilității ofertelor.

Potrivit prevederilor art. 214 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 143 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare și de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare. Faptul că autoritatea contractantă nu s-a încadrat cu evaluarea în perioada de valabilitate a ofertelor și nu a mai solicitat prelungirea perioadei de valabilitate, precum și a garanțiilor de participare, înainte de expirarea acestora, astfel cum avea obligația, nu poate fi imputat ofertanților.

Câtă vreme autoritatea contractantă a primit oferte, iar în cauză nu sunt aplicabile prevederile art. 212 și art. 213 din Legea nr. 98/2016, corespunzătoare cazurilor în care anularea procedurii este posibilă, autoritatea contractantă avea obligația de a depune toate diligențele pentru a finaliza evaluarea ofertelor primite. Astfel, ar fi trebuit adresată ofertanților solicitarea de prelungire a valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare.

Dispozițiile art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016 instituie în sarcina autorității contractante obligația de a solicita prelungirea valabilității garanției de participare, fără a fi imputabilă ofertanților o astfel de omisiune.

În același timp, nu poate fi imputată unui ofertant neglijența autorității contractante, ea fiind singura în măsură să stabilească un calendar al procedurii.

Astfel, potrivit acestor dispoziții legale, obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare îi revine autorității contractante. Regula este în sensul că procedura de atribuire

se finalizează prin desemnarea ofertantului câștigător și încheierea contractului cu acesta, anularea procedurii fiind excepția, o măsură extremă care nu poate fi luată decât în cazurile expres prevăzute la art. 212 și art. 213 din Legea nr. 98/2016. Astfel orice alte situații întâmpinate de către autoritatea contractantă nu se circumscriu cazurilor legale care pot să determine anularea procedurii.

Decizia de anulare a procedurii, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, este nelegală, având în vedere faptul că, potrivit acestui articol, autoritatea contractantă are dreptul de a anula procedura atunci când există abateri grave de la prevederile legislative, care afectează procedura de atribuire sau este imposibilă semnarea contractului.

Astfel, contestatoarea apreciază că situația prezentată de autoritatea contractantă nu se încadrează în niciunul dintre cazurile prevăzute de lege la art. 212, în cazul de față, printr-o solicitare de prelungire a valabilității ofertelor adresată tuturor participanților s-ar fi putut remedia situația existentă într-o manieră care să nu încalce principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016 și s-ar fi putut restabili sensul legii, instituit de art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016. În concluzie, având în vedere că autoritatea contractantă nu s-a aflat în situația imposibilității continuării procedurii, anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, fiind datorată doar culpei autorității contractante.

Mențiunile autorității contractante cu privire la „motivele întemeiate” ale imposibilității consilierului de achiziții publice, nu sunt relevante, și chiar dacă acestea ar fi fost temeinice, nu pot fi imputate ofertanților, încălcându-se grav legislația în materia achizițiilor publice.

Așa cum autoritatea contractantă nu își invocă propria culpă, în sens invers, nici în sarcina operatorilor economici nu poate fi reținută nedepunerea diligențelor în ceea ce privește verificarea valabilității ofertelor.

Având în vedere situația excepțională în care se află, respectiv starea de alertă instituită de răspândirea virusului SARS COV -2 și faptul că nu se poate reține culpa ofertanților, autoritatea contractantă avea obligația, înainte de a decide anularea procedurii, să ceară acordul operatorilor economici implicați în procedură cu privire la prelungirea valabilității ofertelor.

Față de toate aspectele precizate mai sus și având în vedere faptul că procedura nu a fost respectată de către autoritatea contractantă, SC SRL consideră că prezenta contestație este întemeiată și solicită admiterea acesteia așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 5793/08.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 43705/08.10.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SC SRL, care, pe cale de excepție, invocă următoarele:

1. Excepția nulității contestației raportat la lipsa semnăturii contestatoarei, avându-se în vedere dispozițiile art. 10 din Legea nr.

101/2016, și anume prezenta contestație este semnată de SC ... SRL și nu de SC SRL, ofertantul participant la procedură și ale cărui date se regăsesc în preambulul contestației.

2. Excepția necompetenței materiale a CNSC în ceea ce privește capătul de cerere cu privire la nulitatea Dispoziției nr. 117/01.10.2020 a Primarului COMUNEI

Dispoziția de primar este un act administrativ cu regim special care poate fi contestată doar pe calea contenciosului administrativ în temeiul Legii nr. 554/2004.

În ceea ce privește excepțiile invocate prin întâmpinare acestea nu sunt veritabile excepții, fiind în esență susțineri pe fondul contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, după cum urmează:

Contestația formulată se susține pe argumentul faptului că, la data de 28.09.2020, a fost apăsat butonul de anulare în SEAP, documentele finale în cadrul procedurii fiind întocmite la data de 01.10.2020. Contestatoarea, de altfel, recunoaște cu privire la acest aspect că simpla apăsare a butonului de anulare fără documente suport nu este de natură a produce efecte juridice, dar totuși își argumentează solicitarea de anulare a documentelor emise la data de 01.10.2020, în speță raportul procedurii și comunicarea rezultatului procedurii, pe faptul că aceste documente ar fi fost întocmite tardiv.

Apreciază în acest context că eroarea de a apăsa butonul de anulare la momentul la care s-a constatat de către responsabilul de achiziție imposibilitatea continuării procedurii de atribuire, nu poate constitui suport pentru invocarea nelegalității documentelor întocmite de către comisia de evaluare la data de 01.10.2020 atunci când s-a întrunit în componență completă.

Așa cum a precizat și prin raportul procedurii și prin comunicarea rezultatului procedurii transmisă ofertanților și-a asumat culpa în ceea ce privește omisiunea de a solicita ofertanților prelungirea garanției și a valabilității ofertei.

În continuare prezintă modul de desfășurare a procedurii de achiziție în cauză cu mențiunea că, la data de 18.09.2020, au expirat garanțiile de participare constituite pentru procedura de achiziție. Experții cooptați au înștiințat autoritatea contractantă cu privire la acest aspect, dar în lipsa persoanelor din autoritatea contractantă care urmau să proceseze documentele necesare pentru realizarea efectivă a prelungirii, nu au putut oferi un altfel de suport de natură să surmonteze situația creată.

Consultanții au doar rol consultativ, având posibilitatea de a oferi suport comisiei de evaluare, neputând să se erijeze sau să substituie comisia de evaluare sau responsabilul de achiziții în realizarea efectivă a procesului de evaluare sau în întocmirea documentației necesare.

Prelungirea garanțiilor de participare și a valabilității ofertelor se poate realiza doar prin întocmirea unei note justificative de către

responsabilul de achiziții care la rândul său este obligat să înștiințeze comisia de evaluare cu privire la acest aspect.

Luând în considerare evoluția situației epidemiologice determinate de răspândirea coronavirusului SARS-CoV2, responsabilul achiziției publice din cadrul autorității contractante, din motive întemeiate nu a putut asigura buna funcționare a procesului de evaluare a ofertelor din acest punct de vedere și nu a transmis către comisia de evaluare necesitatea solicitării de prelungire a garanțiilor de participare și a valabilității ofertelor.

Datorită faptului că mai multe persoane din cadrul autorității contractante s-au aflat în izolare la domiciliu în diverse perioade, acest aspect a fost scăpat din vedere de persoanele mandatate în cadrul primăriei cu atribuții în acest sens. Mai mult, nefiind înregistrat un raport de evaluare tehnică în această perioadă, niciuna dintre persoanele din comisia de evaluare nu a observat și acest aspect.

La momentul la care s-a constatat că perioada de valabilitate a expirat, responsabilul de achiziție a înștiințat comisia de evaluare și a formulat un referat cu propunerea de anulare a procedurii din acest motiv. S-a realizat și verificarea adresei de corespondență electronice și a registrului de intrări-ieșiri a instituției și s-a constatat că niciun ofertant nu a transmis prelungirea garanției de participare și a valabilității ofertei depuse.

În atare situație, comisia de evaluare a decis că prezenta situație se încadrează în dispozițiile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că la acea dată se află în imposibilitate de a lua măsuri de remediere a omisiunii de a solicita prelungirea valabilității garanției de participare și a ofertelor depuse fără a aduce atingere principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal, transparența.

Autoritatea contractantă precizează că susținerile contestatoarei cu privire la faptul că la această dată va asigura prezentarea unui document de asigurare, inclusiv prin acoperirea perioadei scurse din culpa exclusivă a autorității contractante și considerată de aceasta ca fiind neacoperitoare sunt nesustținute de fundament real. Contractul de asigurare este un contract civil care poate produce efecte doar pentru viitor fiind imposibilă asigurarea unui eveniment neprevăzut la o dată ulterioară perioadei pentru care se face asigurarea. Susținerea a fost făcută pro causa și nu poate fi primită ca argument în justificarea faptului că omisiunea autorității de a solicita prelungirea garanției de participare poate fi acoperită în acest sens, îndepărtându-se astfel abaterea gravă ce a afectat procedura de atribuire.

Mai mult, autoritatea contractantă nu poate pleca de la premisa că toți ofertanții vor putea asigura documente de prelungire a garanției de participare în aceste condiții, context în care ar fi fost afectat principiul tratamentului egal, principiu de bază al achizițiilor publice.

Cu privire la susținerea contestatoarei potrivit căreia la presupusa înlocuire a consultantului, autoritatea contractantă era obligată să

notifice operatorii economici în vederea verificării neîncadrării în situațiile generatoare de conflict de interese, nici această susținere nu poate fi primită întrucât obligația de a verifica neîncadrarea în situațiile de conflict de interese în acest caz revine expertului cooptat care prezintă o declarație în acest sens. Consultantul despre care se face vorbire este, în fapt, expertul tehnic cooptat nefiind persoana care a participat la întocmirea documentației de atribuire, context în care acesta este supus regimului la care sunt supuși și membrii comisiei de evaluare, așa cum este el prevăzut de art. 60 alin. (1) lit. a)-c) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește susținerea în conformitate cu care la evaluarea propunerilor tehnice s-a trecut în mod greșit în raportul procedurii faptul că „Nu este cazul”, autoritatea contractantă apreciază că nici aceasta nu este întemeiată, luând în considerare faptul că instituția sa nu a finalizat evaluarea propunerilor tehnice, context în care în raportul procedurii nu ar fi putut face mențiuni cu privire la rezultatele acestei etape de verificare.

Referitor la „nelegalitatea dispoziției de primar” pentru care contestatoarea face precizarea faptului că „anularea procedurii nu se face de către primar. (...) Orice decizie în acest sens aparține comisiei de evaluare a ofertelor”, apreciază că documentul în cauză a fost emis în mod legal și temeinic, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (3) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 104 alin. (3) din același act normativ. Aceste texte de lege prevăd că raportul procedurii semnat de comisia de evaluare se aprobă de conducătorul autorității contractante. Dispoziția mai sus menționată a fost emisă în urma înaintării de către comisia de evaluare a raportului procedurii conținând concluzia de anulare și are efectul de aprobare a raportului procedurii.

Referitor la susținerea în baza căreia nu s-ar fi permis accesul la dosarul achiziției, autoritatea contractantă susține că la data de 01.10.2020 a fost formulată o cerere de vizualizare a unor documente în temeiul Legii nr. 554/2001, fiind solicitată inclusiv o copie a registrului de intrări ieșiri a primăriei. În atare situație, de la departamentul de registratură a fost înaintat documentul spre competența soluționare departamentului juridic pentru a constata dacă documentele solicitate conțin informații de interes public și pentru a se înainta un răspuns către solicitant în termenul prevăzut de art. 7 din Legea nr. 544/2001.

În măsura în care se dorește accesul la dosarul achiziției în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă menționează faptul că ofertantul avea obligația de a-și fundamenta corespunzător cererea și de a menționa care informații dintre cele enumerate la articolul mai sus menționat le dorește. În atare situație, autoritatea contractantă l-ar fi invitat în termenul legal de 1 zi lucrătoare la studierea dosarului solicitat după îndepărtarea din cuprinsul acestuia a informațiile confidențiale, așa cum sunt ele menționate în lege și/sau declarate de operatorii economici participanți la procedură.

Prin urmare, COMUNA solicită admiterea excepțiilor formulate, respectiv:

- excepția nulității contestației raportat la lipsa semnăturii contestatoarei pentru motivele indicate în prezentul punct de vedere;
- excepția necompetenței materiale a Consiliu în ceea ce privește capătul de cerere cu privire la nulitatea Dispoziției nr. 117/01.10.2020 a Primarului Comunei pentru motivele indicate în prezentul punct de vedere.

Pe fondul contestației, solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată.

Prin adresa nr. 5792/08.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 43710/08.10.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, reiterând motivele, pe fond, precizate în punctul de vedere formulat la contestația SC SRL.

În vederea soluționării contestațiilor, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 43791/2157, 2171/C9/08.10.2020, în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, ofertele depuse de SC SRL și SC SRL, documente care au fost comunicate prin adresele înregistrate la Consiliu cu nr. 44440/13.10.2020 și 45066/16.10.2020.

Prin adresa nr. 401/09.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 43989/09.10.2020, SC SRL a transmis concluzii scrise cu privire la punctul de vedere emis de autoritatea contractantă, COMUNA, precizând că motivele invocate de aceasta nu sunt întemeiate, deoarece în cadrul comisiei de evaluare se numesc mai mulți membri, eventual membri de rezervă. În cazul în care, responsabilul de achiziții publice nu a putut să-și îndeplinească sarcinile, atribuțiile acestuia ar fi putut fi preluate de către oricare dintre membrii comisiei de evaluare. Mai mult, chiar și în condițiile în care personalul autorității contractante ar fi fost plasat în izolare, SEAP permite accesarea acestuia în orice locație și de pe orice dispozitiv conectat la internet. În aceste condiții, consideră că era posibilă și munca la domiciliu, respectiv telemunca, modalitate de îndeplinire a atribuțiilor contractuale încurajată tot mai mult în această perioadă critică.

Propria culpă invocată de autoritatea contractantă nu sunt de natură a justifica lipsa de interes a comisiei de evaluare manifestată asupra acestei proceduri.

SC SRL consideră că oferta sa este încă valabilă, iar perioada de valabilitate este prelungită tacit, atât timp cât garanția de participare este valabilă. Pentru acest motiv, susține că ar fi fost necesare clarificări în ceea ce o privește, înainte de a proceda la anularea licitației.

Astfel, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. b) și e) din Legea nr. 98/2016, precum și scopul legislației achizițiilor publice prevăzut la art. 2 alin. (1) din același act normativ.

Prin adresa nr. 21/12.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 44367/13.10.2020, SC SRL a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care solicită:

- pe excepție, respingerea documentului intitulat „Punct de vedere” al autorității contractante cu nr. 5793/08.10.2020, având în vedere lipsa motivării corecte în drept a documentului;
- pe fond:

- 1) respingerea excepțiilor invocate de autoritatea contractantă;
- 2) respingerea solicitării pe fond ale documentului „Punct de Vedere” și anume respingerea contestației și, pe cale de consecință;
- 3) admiterea contestației așa cum a fost formulată și pe care și-o menține în integralitatea cerințelor și motivelor invocate, din următoarele motive:

Referitor la solicitarea pe excepție formulată prin prezentul răspuns față de punctul de vedere al autorității contractante, menționează că, având în vedere conținutul art. 10 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu principiul egalității de tratament și al nediscriminării consacrate în art. 2 din Legea nr. 98/2016, precum și principiilor legalității și imparțialității consacrate la art. 15 din Legea nr. 101/2016, dar și principiul legalității și principiului egalității așa cum sunt acestea definite la art. 7 și, respectiv art. 8 din Codul de Procedură Civilă, consideră că punctul de vedere pe care autoritatea contractantă l-a formulat trebuie respins, deoarece nu a fost motivat corespunzător în drept.

Așadar, solicită Consiliului să ia act de faptul că punctul de vedere nu este motivat în drept pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, motiv pentru care nu își are rigoarea actului de procedură, motivarea acestuia fiind pe alte două acte normative ce nu reglementează dreptul la formularea punctului de vedere.

Pe fond, contestatoarea prezintă următoarele:

- 1) În ceea ce privește excepțiile invocate de autoritatea contractantă, consideră că excepția nulității contestației raportat la lipsa semnăturii contestatoarei nu se susține, deoarece autoritatea contractantă, COMUNA, a invocat în manieră lapidară conținutul art. 10 din Legea nr. 101/2016. Într-adevăr, anumite elemente precum „semnătura contestatorului persoană fizică sau a reprezentantului persoanei juridice”, „denumirea și sediul autorității contractante” și „numărul de înmatriculare în registrul comerțului” etc sunt menționate ca fiind obligatorii în cuprinsul contestației, dar aceeași lege specifică la articolul următor că „în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la art. 10, acesta cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația este anulată”. Ori, după cum se poate constata, toate elementele definitorii ale contestației au fost inserate de la bun început, cu excepția unei erori materiale ce a fost ulterior explicată și corectată, conform dispozițiilor legale. Mai precis, în ceea ce o privește, Consiliul a procedat de maniera descrisă la art. 11 alin. (1) al Legii nr. 101/2016, iar, prin adresa nr. 20/06.10.2020, s-a conformat cerințelor Consiliului. Prin urmare, nu există motive de anulare a

contestației, iar excepția invocată de autoritatea contractantă nu este legală și temeinică.

De asemenea, în legătură cu cealaltă excepție invocată de achizitoare, și anume lipsa competenței materiale de judecată, deoarece dispozițiile de primar sunt atacate doar în conformitate cu Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, face precizarea că nu a solicitat Consiliului constatarea nulității dispoziției și nici anularea dispoziției de primar. Ori, pe de altă parte, rezultă că autoritatea contractantă exprimă faptul că emiterea unui act administrativ fără suport legal și de către o persoană fără competență în cadrul unei proceduri de achiziție publică poate conduce la punerea în imposibilitate a aplicării legii speciale din materia achizițiilor publice, astfel încât o autoritate administrativă să poată dispune peste lege.

Reiterează pe această cale că a invocat excepția nelegalității dispoziției respective. Față de aceasta, precizează că nu a solicitat Consiliului să se pronunțe cu privire la conținutul dispoziției și nici măcar la forma acesteia, ci de la bun început a specificat că un astfel de act nu este legal raportat la procedura de achiziție publică, iar prin urmare nu este un act administrativ care să poată produce efecte juridice în sfera achizițiilor publice. Încetarea unei proceduri de achiziție publică prin anularea acesteia după deschiderea și vizualizarea ofertelor - fie și numai a documentelor de calificare, nu se face prin dispoziția de primar.

Dimpotrivă, autoritatea contractantă, în cazul procedurii de achiziție publică, ia decizia anulării doar prin intermediul comisiei de evaluare a ofertelor și numai aceasta are dreptul să anuleze. Orice altă ingerință a primarului sau a altui funcționar/demnitar/angajat al autorității contractante excede cadrului legal.

2) În ceea ce privește respingerea solicitării pe fond venite din partea autorității contractante conform cu care aceasta solicită respingerea ca neîntemeiată a contestației, menționează că asumarea culpei de către achizitoare nu este un argument suficient, ci dimpotrivă, este un contra argument. Așa cum a arătat în cele precizate în contestație, nimeni nu își poate invoca propria culpă. Invocarea propriei culpe nu este clauză de exonerare a răspunderii privind respectarea Legii nr. 98/2016 și a HG nr. 325/2016. Dimpotrivă, este dovada că anularea procedurii de achiziție publică în cauză a fost făcută într-o manieră ilegală.

De asemenea, referirea la faptul că apăsarea butonului de anulare a procedurii cu trei zile înainte de a fi comunicate Dispoziția de anulare a procedurii și Comunicarea rezultatului raportului procedurii ar fi o recunoaștere din partea sa că nu ar fi de natură să producă efecte juridice este trunchiată. Într-adevăr, nu produce efecte juridice dacă nu este însoțită, înainte de data la care este anulată în SEAP procedura, de documentele aferente, îndeosebi raportul procedurii. Legea chiar fixează un interval de trei zile în care raportul să fie întocmit cu prioritate și apoi să fie operată în SEAP anularea procedurii, fapt susținut în contestație.

Pe de altă parte, anularea procedurii fără just temei (fără raport și fără decizie) este și el un act administrativ în legătură cu o procedură de

achiziții produs prematur și nelegal, după cum a susținut și în contestația inițială pe care și-o menține în integralitate.

În continuare, autoritatea contractantă încearcă să inducă percepția Consiliului potrivit căreia situația a fost de așa natură încât nu s-a putut face în trei luni procedura de comunicare cu privire la prelungirea garanțiilor de participare și a ofertelor. Deși inițial în raportul procedurii se specifică faptul că din cauza consultantului nu s-a putut realiza analiza propunerilor tehnice, în „Punctul de Vedere” se arată că într-adevăr rolul expertului cooptat este consultativ și că el poate face doar recomandări. Dar cu toate că s-au făcut recomandări, personalul abilitat din cadrul primăriei nu a atras atenția membrilor comisiei de evaluare iar aceștia, mai departe, nu au cerut prelungirea garanțiilor și a valabilității ofertelor.

Desigur, autoritatea contractantă nu a scăpat din vedere să dea vina pe contextul pandemic actual, dar nu a găsit de cuviință să transmită dovezi și să expună în scris, detaliat, cum „datorită (din cauza, credem că este formularea corectă având în vedere conotația negativă) faptului că mai multe persoane din cadrul autorității contractante s-au aflat în izolare la domiciliu în această perioadă, acest aspect (nesolicitarea prelungirii garanțiilor de participare - n.r.) a fost omis de către persoanele mandatate în cadrul primăriei și cu atribuții în acest sens”. Este în mod clar un alt exemplu de invocare ilegală a culpei proprii. În mod oarecum greu de explicat, abia după ce expiră perioada de valabilitate, un funcționar al primăriei verifică dosarul și își dă seama că nu s-a făcut comunicarea cu ofertanții privind prelungirea garanției. Pe cale de consecință, iar aceleași justificări ilegale ale autorității contractante care și-a făcut un obicei din a invoca propria culpă. Numai că, în ceea ce o privește, garanția de participare a fost constituită prin virament bancar și nu a făcut o solicitare de restituire. Pe cale de consecință, garanția nefiind solicitată la restituire continuă să fie valabilă, fiind un argument suplimentar cu privire la ilegalitatea anulării procedurii, inclusiv al actelor emise pe data de 01.10.2020 la care s-a referit în cuprinsul contestației formulate în data de 05.10.2020. În egală măsură, este și un argument cât se poate de legal al său în privința cererii de remediere a procedurii în sensul reluării acesteia și a evaluării ofertei sale.

Pe această cale, respinge considerațiile autorității contractante că nu poate garanta că ofertanții în procedură vor mai putea asigura documente de prelungire a garanției de participare în aceste condiții.

Pe cale de consecință, nu a identificat în cuprinsul punctului de vedere al autorității contractante niciun contraargument solid în ceea ce privește contestația sa, motiv pentru care își menține solicitările și motivele contestației din forma inițială.

Ca urmare a studierii dosarului la autoritatea contractantă, SC SRL a transmis, prin e-mail, un set de concluzii, prin adresa nr. 23/22.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 46279/23.10.2020.

Contestatoarea precizează că-și menține toate argumentele și cererile formulate în contestație și expuse în răspunsul său la punctul de vedere al autorității contractante cu excepția celui legat de studierea dosarului achiziției, pe care-l consideră satisfăcut și caduc. După vizualizarea înscrisurilor aduce noi elemente de probă asupra nelegalității raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii de atribuire, cum ar fi constatarea nelegalității documentelor procesul-verbal nr. 3762/13.07.2020 și raportul expertului cooptat nr. 388.1/06.07.2020, precum și tardivitatea realizării și comunicării acestora de către autoritatea contractantă, fapt care denotă o abatere gravă de la principiile prevăzute în art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, solicită obligarea autorității contractante, prin comisia de evaluare, să dispună anularea celor două documente și, pe cale de consecință, remedierea procedurii în sensul de a relua analiza ofertei sale.

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

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect Servicii de proiectare și asistență tehnică aferentă obiectivului de investiții: „Reabilitarea infrastructurii rutiere afectate de inundații din Comuna, județul, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, online, conform anunțului de participare simplificat nr. SCN1067873/08.05.2020, publicat în SICAP.

Din informațiile anunțului de participare simplificat, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de servicii care urmează a se atribui este de 243.519,96, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 18.05.2020, ora 15:00.

Nemulțumite de decizia de anulare a procedurii de atribuire în cauză, SC SRL și SC SRL au depus contestațiile în analiză.

SC SRL a constituit cautiunea în sumă de 4.870,40 lei, conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 206555729/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala, la data de 05.10.2020.

SC SRL a constituit cautiunea în sumă de 4.870,40 lei, conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 206560541/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala, la data de 06.10.2020.

Analizând cele două contestații formulate de SC SRL și SC SRL, se constată că acestea au fost formulate urmare a deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire.

În referire la contestația formulată de SC SRL se constată că autoritatea contractantă invocă excepția nelegalității acesteia motivat de faptul că a fost indicată la finalul contestației SC Total Mapinvest SRL și nu SC SRL. În acest sens sunt invocate de către achizitoare

prevederile art. 10 din Legea nr. 101/2016 care prevăd ca și condiție de formă a contestației, inclusiv semnătura contestatoarei.

Se constată că în discuție este o eroare materială legată de denumirea societății, pe care, prin răspunsul său nr. 20/06.10.2020, la solicitarea Consiliului, contestatoarea a remediat-o prin precizare faptului că autoarea contestației este SC SRL, așa cum se regăsește, de altfel, precizat în preambulul contestației și ștampila aplicată. De asemenea, au fost retransmise datelor de identificare corecte.

Referitor la excepția necompetenței materiale a Consiliului în ceea ce privește Dispoziția primarului nr. 117/01.10.2020, invocată de autoritatea contractantă, se constată că este lipsită de temei. Nulitatea actelor pe care se bazează această dispoziție atrage după sine și nulitatea ei. Afirmatia autorității contractante că respectiva dispoziție nu poate fi contestată decât pe calea contenciosului-administrativ în temeiul Legii nr. 554/2004 este nefondată. Raportul procedurii, respectiv referatul pe care se bazează acesta fiind nelegale, pe cale de consecință, atât comunicările cât și dispoziția în cauză sunt nelegale. Nulitatea raportului procedurii, a referatului, a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, acte emise în cadrul procedurii, determină nulitatea acestei dispoziții.

Pe fondul contestației, se constată că, prin adresa nr. 5634/01.10.2020, autoritatea contractantă a comunicat tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedură care au depus ofertă (7) că a decis anularea procedurii de atribuire deoarece la data de 18.09.2020 au expirat garanțiile de participare constituite. În acest sens precizează că luând în considerare evoluția situației epidemiologice determinate de coronavirusul SARS-CoV2, că responsabilul cu achiziții din motive întemeiate nu a putut asigura buna funcționare a procesului și nu a transmis solicitările de prelungire a garanției de participare și a valabilității ofertelor, precum și a faptului că niciun ofertant nu a transmis prelungirea acestora, astfel că devin incidente prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și, fiind o abatere gravă, se impune anularea procedurii în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din același act normativ, fiind în imposibilitatea de a lua măsuri de remediere a omisiunii de a solicita prelungirea valabilității acestora fără încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal, transparența.

Din analiza raportului procedurii de atribuire nr. 5633/01.10.2020, se constată că în procesul de evaluare a ofertelor autoritatea contractantă a încheiat procesul-verbal nr. 2693/19.05.2020 privind evaluarea garanției de participare, respectiv nr. 2816/25.05.2020 și 3762/ 13.07.2020 privind îndeplinirea cerințelor de calificare.

De asemenea, se mai constată existența la dosar a Referatului nr. 5525/28.09.2020, întocmit de Ciocîrlan Mihaela, consilier achiziții publice în cadrul autorității contractante, prin care aceasta propune anularea procedurii de atribuire pentru aceleași motive evidențiate ulterior și în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire anterior

amintite. Pe cale de consecință în data de 01.10.2020 a fost emisă Dispoziția nr. 117/01.10.2020 a reprezentantului autorității contractante, Primarul Comunei de anulare a procedurii de atribuire.

În soluționare sunt considerate relevante dispozițiile legale invocate de autoritatea contractantă pentru anularea procedurii de atribuire prevăzute de legiuitor în Legea nr. 98/2016 la art. 212:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: ... c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

De asemenea, sunt considerate de interes prevederile art. 36 alin.

(1) și (2) din HG nr. 395/2016:

(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

Totodată sunt incidente în cauză prevederile art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016: *(3) ... Autoritatea contractantă **are obligația** de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă.,*

precum și cele ale art. 146 alin. (2) din același act normativ: **(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.**

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligațiile ce îi reveneau, neachitându-se de obligația de a solicita prelungirea termenului de valabilitate a garanției de participare și a ofertelor.

Mai mult decât atât, nu există nicio motivație pertinentă care poate fi luată în considerare cu privire la imposibilitatea invocată drept motiv de anulare a procedurii de atribuire. Situația epidemiologică, într-adevăr, putea genera anumite blocaje temporare din punct de vedere al funcționării autorității contractante, dar nu pe o astfel de întindere de timp. Practic, în 4 luni s-a reușit doar evaluarea documentelor de calificare prezentate de ofertanți.

De asemenea, faptul că responsabilul cu achiziții publice nu a putut asigura buna funcționare a procesului de achiziție, nu poate fi luat în considerare ca motiv de anulare a procedurii de atribuire. Pe lângă faptul că nu există informații legate de această imposibilitate, deși în cadrul referatului se face referire la existența unor documente care ar justifica această imposibilitate, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă, prin conducătorul său, trebuia să se asigure de buna funcționare a acestei activități fiind obligația acestuia de a asigura

inclusiv funcționarea comisiei de evaluare desemnată pentru această procedură.

Mai mult decât atât, conform dispoziției nr. 49/12.05.2020, privind constituirea comisiei de evaluare, Ciocîrlan Mihaela, consilier achiziții publice, are calitatea de membru de rezervă, ceilalți membri ai comisiei de evaluare neputând fi, conform încadrării, considerați ca având această calitate.

Membrii comisiei de evaluare trebuiau să se asigure de respectarea obligațiilor legale ce le revin pe parcursul evaluării procedurii de atribuire. Deși nu a fost nominalizată persoana la care se face referire în referatul și decizia de anulare, din documentele transmise rezultă că doar referatul privind necesitatea anulării procedurii a fost semnat de consilierul achiziții.

Ori, se constată că această persoană nu are decât calitatea de membru de rezervă, nefiind implicată, conform documentelor aflate la dosar, în desfășurarea procesului de evaluare, și, cu toate acestea, este cea care propune anularea procedurii de atribuire. Membrii comisiei de evaluare semnează raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020, ulterior emiterii referatului în cauză, și anulează procedura invocând imposibilitatea consilierului de achiziții publice de a asigura buna funcționare a procesului de evaluare a ofertelor pentru că nu a transmis solicitările de prelungire a valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, deși nu are atribuții în acest proces în procedura de față.

Având în vedere că de evaluarea ofertelor singurii responsabili sunt membrii comisiei de evaluare este evident faptul că referirile din cadrul referatului ori a raportului procedurii la responsabilul achiziții publice nu pot justifica decizia de anulare a procedurii de atribuire.

În consecință, Consiliul constată existența unei situații create artificial de imposibilitate a continuării procedurii de atribuire în cauză.

Buna credință în derularea acestei proceduri de atribuire ar fi trebuit să determine achizitoarea la asumarea răspunderii și la a solicita prelungirea perioadei de valabilitate a ofertelor tuturor ofertanților și, nicidecum, anularea acesteia. Lipsa de diligență a membrilor comisiei de evaluare în derularea procesului de evaluare ori lipsa de diligență a conducătorilor autorității contractante de a asigura buna funcționare a comisiei de evaluare conform prevederilor legale nu poate determina legalitate deciziei de anulare a unei proceduri de atribuire.

Se constată astfel că în discuție nu este o imposibilitate a continuării procedurii, ci faptul că au fost create condiții artificiale de anulare a procedurii prin inactivitatea comisiei de evaluare și lipsa de diligență a persoanelor cu putere de decizie la nivelul autorității contractante. Autoritatea contractantă nu își poate invoca propria culpă pentru a decide anularea procedurii de atribuire, fiind singura responsabilă de situația creată, iar remedierea situației create nu poate fi făcută altfel decât prin acoperirea lipsei sale de diligență și solicitarea adresată ofertanților de a-și prelungi valabilitatea garanției de participare și a ofertelor. Încălcarea principiilor stipulate la art. 2 alin. (2)

din lege invocată de autoritatea contractantă prin documentele emise și punctul de vedere a avut loc prin modul în care s-a acționat în luarea deciziei de anulare și crearea unor circumstanțe artificiale în acest sens și nu dacă s-ar fi remediat procedura de atribuire prin solicitarea adresată tuturor ofertanților de prelungire a valabilității ofertelor și a garanției de participare.

Ori, dispozițiile art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016 citate anterior interzic cu desăvârșire o astfel de practică.

De altfel, că o astfel de practică nu este permisă este dovedit și de faptul că legiuitorul a prevăzut expres la art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016 că a crea condiții artificiale de anulare a procedurii constituie contravenție: *Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni: ... k) anularea unei proceduri de atribuire în alte cazuri decât cele prevăzute la art. 212 și 213 sau **crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire.***

Cu atât mai mult este confirmat caracterul nelegal al deciziei de anulare a procedurii de faptul că, în cazul constituirii garanției de participare prin virament bancar, banii sunt la dispoziția autorității contractante, fără a fi necesară vreo solicitare de prelungire a valabilității acesteia.

În consecință se constată nelegalitatea deciziei autorității contractante de a anula procedura de atribuire, fapt ce impune anularea acesteia și nulitatea documentelor în baza căreia a fost emisă.

Cât privește aspectele invocate de contestatoare cu privire la nerespectarea prevederilor legale referitoare la modul în care s-a acționat de către achizitoare pentru anularea procedurii de atribuire (pașii urmați), Consiliul constatând că decizia de anulare a procedurii fiind nelegală, modul de acțiune al achizitoarei în acest sens devine irelevant, legiuitorul stabilind, lipsit de echivoc, atât situațiile în care poate fi anulată o procedură de atribuire, cât și modul de acțiune. În situația de față nu se poate considera că nerespectarea ordinii de îndeplinire a cerințelor legale în luarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire și comunicarea prin intermediul SEAP a acestei decizii determină tardivitatea respectivelor documente. Raportul procedurii și comunicările, respectiv decizia de anulare a procedurii de atribuire, sunt nelegale și nu pot fi considerate tardive pentru că au fost emise ulterior apăsării butonului respectiv din SEAP. Presupusa eroare invocată de autoritatea contractantă legat de acest aspect este evident lipsită de temei, orice decizie transmisă prin SEAP trebuind a fi, mai întâi stabilită de comisia de evaluare, prin documentele emise de aceasta și nu invers.

În ceea ce privește disputa dintre părți legată de experții cooptați, se constată că decizia de anulare nu a fost determinată de acțiunile/inacțiunile acestora, ci de lipsa de diligență a membrilor comisiei de evaluare, cu concursul persoanelor cu putere de decizie din cadrul achizitoarei, astfel că analiza Consiliului s-a rezumat doar în a stabili legalitatea deciziei de anulare.

Referitor la nelegalitatea deciziei primarului de anulare a procedurii de atribuire, se constată că Dispoziția nr. 117/01.10.2020 a fost emisă în aceeași zi cu raportul procedurii, aprobat de acesta. Alegațiile contestatoarei legate de atribuțiile primarului sunt lipsite de temei atât timp cât procedura de atribuire a fost anulată prin raportul procedurii de atribuire. Acestuia (primarului) nu-i poate fi imputată emiterea deciziei atât timp cât comisia de evaluare a decis anularea acestuia, dar i se poate imputa lipsa de diligență în asigurarea bunei funcționării la nivelul comisiei de evaluare atât timp cât decizia de anulare se bazează, eronat, pe imposibilitatea exercitării atribuțiilor de către expertul achiziții publice.

Cât privește alegațiile contestatoarei legate de faptul că decizia de anulare, raportul procedurii și comunicările au fost emise ca urmare a solicitării sale, Consiliul constată, pe de o parte, că sunt lipsite de interes în ceea ce privește legalitatea deciziei de anulare. De asemenea, sunt lipsite de temei, cu rol speculativ, nefiind nedemonstrată respectiva afirmație din punct de vedere al situației de fapt.

Referitor la solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante de a-i permite accesul la dosarul achiziției, se constată că a rămas fără obiect, conform concluziilor depuse în 22.10.2020 acesteia fiindu-i permis accesul la dosar în data de 21.10.2020.

În referire la criticile contestatoarei din cadrul concluziilor scrise referitoare la decizia de respingerea ofertei sale ca inacceptabilă identificată în urma studierii dosarului la sediul autorității contractante, Consiliul constată prematuritatea acestora. La acest moment în discuție este anularea procedurii de atribuire în mod nelegal, pe motive ce nu țin de cele constatate în evaluarea ofertelor, respectiv de admisibilitatea ofertei sale. Din acest motiv, legalitatea constatărilor achizitoare pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor va putea fi făcut doar după ce documentele emise în acest sens vor avea efect, respectiv ulterior unei eventuale comunicări a deciziei de respingere a ofertei.

Pentru toate aceste motive, constatând caracterul nelegal al deciziei autorității contractante de anulare a procedurii, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, și va anula această decizie de anulare a procedurii de atribuire.

În ceea ce privește contestația formulată de SC SRL, având în vedere petitul cererii, respectiv cele constatate în soluționarea contestației depuse de SC SRL, pe cale de consecință, Consiliul o va admite.

Având în vedere cele reținute se constată necesitatea anulării deciziei de anulare a procedurii de atribuire și continuarea evaluării ofertelor cu respectarea prevederilor legale și ale documentației de atribuire, respectiv solicitarea de către achizitoare a prelungirii valabilității ofertelor și a garanției de participare de către ofertanți.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL, în contradictoriu cu, anulează raportul procedurii nr. 5633/01.10.2020 și documentele care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire, respectiv actele subsecvente acestora, inclusiv comunicările rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire și evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, cu solicitarea prelungirii valabilității ofertelor și a garanției de participare tuturor ofertanților, în termen de 15 zile la primirea deciziei, în conformitate cu cele reținute în motivare. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici implicați în termenul legal.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile 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.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 5 exemplare, conține 23 pagini.