CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..../..../...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 3227/28.07.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 31306/28.07.2017, depusă de ..., cu sediul în ..., str. .... nr. ..., sector...., având Cod Unic de Înregistrare Fiscală .... și adresa de comunicare a actelor procedurale în ..., bd. .... nr. ...., et. ...., sector ...., în procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în ..., bd. ... nr. ..., sector ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea, pe loturi, a contractului de lucrări având ca obiect *Proiectare și Execuție Autostrada de Centură ... km 0+000 – km 100+900- Lotul 1: Sector.... Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord și Sector.... Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud și Sector ... Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord,* contestatoarea a solicitat, în principal, eliminarea subpunctelor 2.1.3.1 – 2.1.3.6. referitor la obligația Antreprenorului de a presta servicii juridice în vederea exproprierii imobilelor afectate de autostrada de centură a municipiului ..., iar în subsidiar, în cazul în care nu pot fi dispuse măsuri de remediere, să dispună anularea în parte a documentației de atribuire, respectiv a subpunctelor 2.1.3.1 - 2.1.3.6.

Prin contestaţia nr. 1943/31.07.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 31436/31.07.2017, depusă de ..., cu sediul în ..., str. ... nr. ...., ap. ...., sectorul ..., având CUI ... și număr de înregistrare la Oficiul Național al Registrul Comerţului ..., în cadrul aceleiași proceduri, organizată de ..., contestatoarea a solicitat adoptarea de măsuri de remediere din care să rezulte o documentație de atribuire întocmită cu respectarea prevederilor legale.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestaţiile care fac obiectele dosarelor nr. .../2017 și .../2017 au fost

conexate, pentru a se pronunţa o soluţie unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiaşi proceduri de atribuire.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzelor de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia formulată, ... a solicitat cele menţionate în partea introductivă a deciziei, arătând că, în data de 11.08.2004, a încheiat contractul de asistență și reprezentare juridică nr. 2546 cu ..., iar conform art. 1.1 din contract, urma să presteze servicii juridice pentru realizarea procedurii de expropriere a imobilelor afectate de traseul Centurii ... Nord și Bucuresti Sud și servicii juridice în scopul dobândirii dreptului de administrare, detaliate în cap. III, lit. a.

În data de 05.07.2007, ...a emis ordinul de începere, iar ... a procedat la identificarea imobilelor afectate de proiect și a proprietarilor acestora, a contactat autoritățile locale și oficiile de cadastru în vederea obținerii actelor de proprietate pentru imobilele afectate, a întocmit și predat către ...documentații tehnico-economice prevăzute de lege.

Ulterior, în data de 27.05.2008, ...a predat către ... studiul de fezabilitate, varianta finală, iar în 23.07.2009 a comunicat suspendarea executării contractului pentru considerentul insuficienței fondurilor alocate de la bugetul de stat pentru realizarea acestui proiect.

Prin adresa nr. 92/27625 din 24.04.2017, contestatoarea susține că a fost invitată la sediul ...pentru a participa la o ședință privind contractul de asistență și reprezentare juridică nr. 2546/11.08.2004, iar în cadrul acestei întâlniri a fost informată că autoritatea contractantă intenționează să actualizeze clauzele contractuale în concordanță cu etapele procedurii de expropriere prevazute de Legea nr. 255/2010, dar și să renegocieze onorariul avocatului, precum și alte clauze din contract.

Totodată, i-a fost învederată nevoia de finalizare urgentă a procedurii de negociere a contractului, întrucât urmează să demareze procedura de achizitie publică pentru construcția Autostrăzii de Centură Sud a municipiului ..., motiv pentru care a înaintat ...o propunere de act adițional la Contractul de asistență și reprezentare juridică nr. 2546/11.08.2004.

Ulterior, contestatoarea a transmis prin e-mail propunerile sale de modificare a clauzelor contractuale, însă negocierile au fost întrerupte intempestiv de reprezentanții ...., care au comunicat verbal faptul că, în cazul neacceptării de către ..., a reducerii onorariului avocațial la cuantumul propus de ..., procedura de negociere nu va mai continua.

Prin adresa nr. 27CB/12.06.2017, ... a solicitat autorității contractante să transmită, în scris, punctul de vedere cu privire la ultima variantă de act adițional și la întreruperea negocierilor.

Afirmă că, din cauza eșecului negocierilor, contractul de asistență și reprezentare juridică nr. 2546/11.08.2004 a rămas în vigoare în forma în care este anexat contestației, nefiind reziliat printr-o hotărâre pronunțată

de o instanță de judecată și nici nu a încetat prin acordul de voință al celor două părți contractante.

De asemenea, precizează că, în data de 08.07.2017, ...a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... /08.07.2017 referitor la procedura de atribuire în discuție, iar în documentația de atribuire a acestui contract a fost introdusă obligația Antreprenorului de a *realiza exproprieri suplimentare fata de cele prevazute în Studiul de Fezabilitate, astfel:*
- Pentru Lotul 1 - Subpunctul 2.1.3 din documentul intitulat Cerintele Beneficiarului - pag. 29-38;
- Pentru Lotul 2 - Subpunctul 2.1.3 din documentul intitulat Cerintele Beneficiarului - pag. 29-37;
- Pentru Lotul 3 - Subpunctul 2.1.3 din documentul intitulat Cerintele Beneficiarului - pag. 28-37.

Menționează că a transmis către autoritatea contractantă notificarea prealabilă nr. 3197/17.07.2017, conform prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, prin care a solicitat eliminarea din documentația de atribuire a prevederilor mai sus citate, arătând și faptul că acestea fac obiectul contractului de asistență și reprezentare juridică nr. 25461/11.08.2004.

De asemenea, afirmă că ...nu a transmis niciun răspuns la notificarea formulată și nici nu a adoptat măsuri de remediere.

Datorită celor relatate, ... consideră că au fost încălcate prevederile legale referitoare la efectele contractelor valabil încheiate.

... citează prevederile legale pe care le consideră relevante în speță.

Cu adresele înregistrate la Consiliu sub nr. 32178/03.08.2017 și 33254/09.08.2017, autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării cauzei.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 33730/11.08.2017, contestatoarea a depus adresa ...nr. 57968/07.08.2017 și răspunsul său nr. 29/11.08.2017.

În punctul său de vedere nr. 62608/21.08.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 34762/21.08.2017, ... a solicitat respingerea contestației ca rămasă fără obiect și lipsită de interes, arătând că, în confomitate cu prevederile documentației de atribuire aferentă celor 3 loturi, respectiv Cerințele Beneficiarului pentru loturile 1-3, a prevăzut, într-adevăr, în cap. 2.1.3, obligația antreprenorului de a întocmi documentația pentru obținerea terenului, dar numai pentru suprafețele suplimentare ce pot rezulta din elaborarea proiectului tehnic de către viitorul antreprenor.

Sunt citate prevederi din documentație, precizând că situația în care antreprenorul va presta serviciile prevăzute la cap. 2.1.3 este cea în care terenurile suplimentare necesar a fi expropriate sunt rezultatul extinderii limitelor șantierului.

De asemenea, citează prevederi din contractul nr. 2546/11.08.2004, încheiat cu contestatoarea și susține că aceste prevederi fac trimitere strict la obiectivul de investiții Centura ... Nord și numai cu privire la un număr de 1152 imobile identificate conform Studiului de fezabilitate.

În continuarea susține că, prin adresa nr. 92/57968/07.08.2017, a comunicat contestatoarei rezilierea contractului aminitit, în acest context,

criticile contestatoarei rămânând fără obiect, totodată, societatea pierzându-și calitatea de parte interesată în procedura criticată.

Prin cea de-a doua contestație formulată în cadrul procedurii, ... critică documentația de atribuire elaborată de ... aferentă anunțului de participare publicat în SEAP nr. 176944/08.07.2017.

Astfel, menționează că, în fișa de date, la cap. IV.4. 3, Modul de prezentare a ofertei, art. 10 - Semnarea contractului, autoritatea contractantă a precizat că *Procedura de atribuire este initiata sub incidenta urmatoarei clauze rezolutorii: Incheierea contractului de achizitie publica este conditionata de obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibila doar in situatia in care se respecta dispozitiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice. In cazul in care, indiferent de motive, obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizeaza, Autoritatea Contractanta va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibila incheierea contractului de achizitie publica*.

Apreciază că autoritatea contractantă încalcă notificarea ANAP nr. 256/2016, din cuprinsul căreia citează, precum și art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016 și art. 143, 145 și 146 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și afirmă că rezerva pe care și-o ia autoritatea contractantă de a putea anula procedura după desemnarea ofertantului câștigător, din motive în afara oricărui control și care, în fond, ar trebui să reprezinte esența principiului asumării răspunderii, încalcă prevederile legale enunțate mai sus și aduce în derizoriu întreg procesul de achiziție publică și eforturile ofertanților.

Totodată, contestatoarea precizează că, la cap. III.2.3.a), Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică - partea a II-a, s-a solicitat prezentarea *documentelor indicate in cadrul Angajamentului ferm din care sa rezulte modul efectiv prin care tertul sustinator asigura indeplinirea obligatiilor asumate prin angajament Aceste documente vor fi incarcate in SEAP impreuna cu Angajamentul ferm, cu DUAE si cu oferta, si vor fi semnate cu semnatura electronica extinsa, bazata pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat in conditiile legi*, achizitoarea nerespectând prevederile art. 154, art. 182 alin. (5) și art. 193 din Legea nr. 98/2016, pe care le citează.

... precizează că autoritatea contractantă face referire la documentele indicate în cadrul *Angajamentului ferm*, în măsura în care, în cadrul acestui angajament, în Formularul 3B, nu se face referire la vreun document.

În acest sens, afirmă că, în textul art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, nu se face referire la vreun document pe care terțul susținător (respectiv ofertantul) ar trebui să îl anexeze la angajamentul ferm privind experiența similară. Mai mult, conform fișei de date *Capacitatea tehnică*

și/sau profesională, la Cerința nr. 1, partea II, se specifică faptul că *documentele mentionate la pct. c) vor fi prezentate de Ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autoritatii Contractante, cu respectarea cerintelor privind semnarea electronica a documentelor (nr. setul de documente care probeaza experienta similara care face obiectul sustinerii acordate de tert)*.

De asemenea, afirmă că, în repetate rânduri, în fișa de date a achiziției, se precizează că ofertanții trebuie să prezinte acordurile de subcontractare (dacă este cazul) cu indicarea valorii lucrărilor/serviciilor care urmează a fi subcontractate, aceeași valoare fiind obligatoriu inclusă și în DUAE prezentat de subcontractor, cu modificarea expresă a conținutului DUAE.

Susține că autoritatea contractantă, prin cele solicitate, încalcă prevederile art. 60 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și ale art. 195 din Legea nr. 98/2016.

Apreciază că acordurile/contractele încheiate între ofertant și subcontractori (de orice fel), cu indicarea valorii de subcontractare, constituie fără tăgadă documente de fundamentare a valorii propunerii financiare, iar autoritatea contractantă nu poate nici susține și nici justifica cerința prin necesitatea de a atașa la contractul de achiziție publică aceste documente întrucât, indiferent de formă și conținut, atașarea documentelor la contractul de achiziție se face numai de către ofertantul declarat câștigător conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează.

Precizează că, urmare anunțului de participare, publicat de către autoritatea contractantă, și a cerințelor specificate în fișa de date, a formulat notificare prealabilă, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016, solicitând remedierea neconcordanțelor semnalate, însă autoritatea contractantă nu a formulat niciun răspuns.

Prin adresa nr. 59350/09.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 33255/09.08.2017, ... a transmis punctul său de vedere cu privire la notificarea prealabilă formulată de ... și măsurile de remediere publicate în SEAP în data de 08.08.2017.

În punctul său de vedere nr. 59578/10.08.2017, ... a solicitat respingerea contestației formulate de ... ca rămasă fără obiect cu privire la capetele de cerere nr. 1 și 2, și ca neîntemeiată și nefondată, cu privire la capătul de cerere nr. 3.

Afirmă că, referitor la introducerea unei clauze suspensive în contract privind fondurile din care este asigurată finanțarea contractului de achiziție publică, conform celor precizate și în punctul de vedere emis față de notificarea prealabilă, în fișa de date, atât la secțiunea III.1.2) Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispoziții relevante, cât și la secțiunea VI.2) contractul se înscrie într-un Proiect/Program finanțat din fonduri comunitare/Program Operational/ Program Național de Dezvoltare Rurală, autoritatea contractantă a

precizat că sursa de finanțare pentru contract va fi asigurată prin POIM 2014-2020.

Totodată, menționează că deja au fost inițiate demersurile privind obținerea finanțării europene nerambursabile, cu susținerea Organismului Intermediar Transport și JASPERS, care a inclus acest proiect în Planul de Acțiune JASPERS 2017, acest proiect fiind unul prioritar, prin urmare consideră că există posibilitatea ca diligențele întreprinse de autoritate să obțină rezultatul scontat până la semnarea contractului.

În același timp, precizează că cele specificate în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv condiția referitoare la Încheierea contractului de achizitie publica este conditionata de obtinerea/ aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/ sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibila doar in situatia in care se respecta dispozitiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice. In cazul in care, indiferent de motive, obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/ sau fonduri europene nerambursabile nu se realizeaza, Autoritatea Contractanta va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibila incheierea contractului de achizitie publica trebuie citită și interpretată în strânsă corelare cu obligația sa de a verifica alocarea bugetară anterior semnării contractului în virtutea prevederilor art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare, și anume "Nicio cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanțată și plătită dacă nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare."

Astfel, în situația în care la momentul semnării contractului nu vor exista prevederi bugetare, încheierea contractului va fi imposibilă și, pe cale de consecință, autoritatea contractantă poate face aplicarea prevederilor art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, dar numai după efectuarea tuturor demersurilor pentru obținerea finanțării.

În condițiile în care, în urma demersurilor întreprinse de autoritatea contractantă, nu se concretizează obținerea fondurilor necesare, și/sau s-a scurs o perioadă îndelungată de la momentul desemnării ofertantului câștigător (inclusiv după finalizarea tuturor contestațiilor) fără a exista perspectiva obținerii fondurilor necesare, iar propunerea financiară a câștigătorului este alterată (prețurile nemaivând corespondent în realitate și nemaiputându-se susține îndeplinirea contractului în condițiile prevăzute de câștigător în propria sa ofertă), consecința fiind nerealizarea în bune condiții a contractului, atunci își rezervă dreptul de a anula procedura de achiziție publică.

Achizitoarea susține că cunoaște și respectă dispozițiile art. 143 alin. (1) și art. 145 din HG nr. 395/2016, respectiv va semna contractul cu ofertantul desemnat câștigător și nu va amâna încheierea acestuia, însă numai în cazul în care se poate respecta și condiția obligatorie referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice, în caz contrar devenind incidente prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aspectele sus menționate și pentru a elimina orice ambiguitate generată de utilizarea sintagmei "clauza rezolutorie",

autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere cu privire la fișa de date a achiziției, publicate în SEAP în data de 08.08.2017.

Referitor la enunțarea documentelor pe care terțul trebuie să le transmită ofertantului din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere arată că a prevăzut posibilitatea ofertanților de a beneficia de susținerea unui terț în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor privind situația economică și financiară și a cerințelor privind capacitatea tehnică, în condițiile prevăzute la art. 182 din Legea nr. 98/2016 și art. 48 din HG nr. 395/2016.

Astfel, prevederea invocată în contestație reprezintă o transpunere a dispozițiilor art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin Notificarea nr. 256/2016, astfel cum a fost aceasta rectificată prin Notificarea nr. 258/2017, ANAP formulează următoarea atenționare: "Se vor depune, odata cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz."

Consideră că cerința nu excede prevederilor legale aplicabile.

Pentru a asigura o informare corectă și completă cu privire la cerințele achiziției și ținând cont de recomandările formulate de ANAP cu privire la documentele ce pot fi solicitate în temeiul art. 182 alin (4) din Legea 98/2016, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, a adoptat anumite măsuri de remediere, pe care le-a publicat în SEAP în data de 08.08.2017.

În ceea ce privește capătul de cerere referitor la eliminarea cerinței de prezentare a valorii contractelor de subcontractare la faza de ofertă, arată că, în conformitate cu prevederile art. 179 lit. k) din Legea nr. 98/2016, a solicitat prin fișa de date a achiziției ca ofertanții să precizeze partea/părțile din contract pe care aceștia intenționează să o/le subcontracteze.

În acest sens, ofertanții urmează să completeze secțiunea corespunzătoare din DUAE cu informațiile solicitate în conformitate cu prevederile art. 150 alin (2) din HG nr. 395/2016.

Sunt invocate notificările ANAP nr. 256/2016 și 258/2017 și prevederile art. 218 alin (4) și (5) din Legea 98/2016.

Astfel, informațiile care sunt incluse în contractul de subcontractare prezentat anterior semnării contractului derivă din informațiile cuprinse în oferta, prin urmare inclusiv valoarea prestației rezultă tot din ofertă.

Coroborând aceste informații cu cele privind obligația prezentării acordurilor de subcontractare împreună cu DUAE, rezultă dreptul său de a solicita indicarea în acordurile de subcontractare a valorii prestațiilor subcontractanților declarați în ofertă, astfel încât aceste informații incluse în ofertă să devină informațiile de referință pentru prezentarea contractelor de subcontractare înainte de semnarea contractelor.

Acordurile de subcontractare nu intră în categoria documentelor de fundamentare a propunerii financiare, obligația ofertanților, astfel cum reglementează și ANAP prin Notificările nr. 256/2016 și 258/2017, fiind aceea de a prezenta acordurile de subcontractare odată cu DUAE și cu oferta.

Consideră că nu se impune adoptarea niciunei măsuri de remediere cu privire la aspectele sesizate în contestație în ceea ce privește eliminarea cerinței de prezentare, la faza de ofertare, a valorii contractelor de subcontractare.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 33829/16.08.2017, ...a transmis concluzii scrise, în care și-a exprimat poziția vizavi de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, considerând că respectivele măsuri sunt în contradicție cu legislația în vigoare în domeniul achizițiilor publice.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, Consiliul reţine următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect *Proiectare și Execuție Autostrada de Centură ... km 0+000 – km 100+900- Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord și Sector .... Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud și Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord, coduri CPV – 45233100-0 – Lucrări de construcții de autostrăzi și drumuri, 45221111-3 Lucrări de construcții de poduri rutiere, 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport,* prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 176944/08.07.2017. Din informaţiile anunțului de participare se reţine că valoarea estimată a contractului este de 2.671.075.471 lei, fără TVA, criteriul de atribuire aplicat *cel mai bun raport calitate preț,* data limită pentru depunerea ofertelor fiind 10.10.2017, ora 16:00.

Nemulțumite de conținutul documentației de atribuire, ... și ... au depus la Consiliu contestațiile în analiză.

Trecând la soluționarea primei contestații, formulate în cadrul procedurii de ..., Consiliul constată că, în documentația de atribuire (Cerințele Beneficiarului), pentru cele trei loturi, s-a prevăzut că se vor realiza exproprieri suplimentare față de cele prevăzute în Studiul de Fezabilitate, numai dacă este cazul și cu respectarea Cerințelor Beneficiarului.

La dosarul cauzei, societatea contestatoare a depus contractul de asistență și reprezentare juridică nr. 2546/11.08.2004, având ca obiect prestarea serviciilor juridice în scopul realizării procedurii de expropriere a imobilelor afectate de traseul Centurii ... Nord și ... Sud și servicii juridice în scopul dobândirii dreptului de administrare. La art. 1.2 din contract, s-a prevăzut: *Serviciile juridice vor fi prestate de avocat în scopul exproprierii și dobândirii dreptului de administrare asupra celor 1152 de imobile*

afectate de traseul Centurii ... Nord (sectoarele 1, 2 și 3) stabilit prin studiul de fezabilitate pus la dispoziția avocatului la data de 18.06.2004, iar la pct. 1.3: Serviciile juridice vor fi prestate de avocat în scopul exproprierii și respectiv dobândirii dreptului de administrare asupra oricăror altor imobile ce vor fi afectate de către traseul Centurii ... Nord, afectare determinată de măsurători cadastrale, ridicări topo, studii de fezabilitate ce vor fi predate pe parcursul derulării contractului, precum și de proiectul tehnic.

În preambulul contractului, pct. 4, s-au prevăzut următoarele: *"Având în vedere faptul că la data încheierii prezentului contract s-a realizat studiul de fezabilitate aferente Centurii ... Nord (tronsoanele 1, 2 și 3), studiu care stabilește un număr de 1152 imobile asupra cărora Statul Român, prin Client, urmează a dobândi dreptul de proprietate sau după caz, dreptul de administrare*".

De asemenea, în Cerințele Beneficiairului, s-a prevăzut:

1.5 Limitele Şantierului

1.5.1 Beneficiarul va acorda Antreprenorului dreptul de acces la acele părţi ale şantierului aşa cum reiese din desenele limitelor şantierului precum şi posesia acestora dupa obţinerea Autorizaţiei de Construire, respectiv dupa emiterea Deciziei de Expropriere in conformitate cu prevederile Legii 255/2010. Limitele pot fi extinse numai cu acordul Beneficiarului în baza unei justificări tehnice.

1.5.2 în cazul în care Antreprenorul solicită extinderea limitelor şantierului, Antreprenorul îşi asumă pe deplin responsabilitatea pentru întocmirea documentaţiilor necesare exproprierii terenurilor suplimentare (evaluare, cadastru s.a.m.d) şi va suporta costul acestora. În acest caz Antreprenorul nu va fi îndreptăţit să solicite nîcîo prelungire a perioadei de execuţie sau orice alta formă de compensare. Activitatile si serviciile ce sunt necesare pentru realizarea expropierilor suplimentare sunt prezentate in capitolul 2.1.3.

Achizitoarea a explicat în punctul său de vedere că a prevăzut obligația antreprenorului de a întocmi documentația pentru obținerea terenului, dar numai pentru suprafețele suplimentare (în cazul în care intervine o astfel de situație) ce pot rezulta din elaborarea proiectului tehnic de către viitorul antreprenor, situație care poate conduce la extinderea coridorului de expropriere. S-a adăugat că terenurile suplimentare necesar a fi expropriate sunt rezultatul extinderii limitelor șantierului.

Se constată, din cele de mai sus, că autoritatea contractantă a prevăzut că se vor efectua exproprieri suplimentare față de cele prevăzute în Studiul de Fezabilitate, exproprieri care nu se poate susține că se regăsesc în cadrul contractului invocat de societatea contestoare, câtă vreme nu se cunoaște care vor fi aceste imobile suplimentare și dacă vor fi necesare exproprieri suplimentare.

Mai mult, în contractul de asistență juridică se face referire la imobile afectate de Centura ... Nord.

Pe de altă parte, este de reținut că, potrivit art. 8 din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

(1) Atribuirea unui contract de achiziții publică/acord-cadru este rezultatul unui proces ce se derulează în mai multe etape.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a se documenta și de a parcurge pentru fiecare proces de achiziție publică trei etape distincte:

a) etapa de planificare/pregătire, inclusiv consultarea pieței;

b) ***etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului****/acordului-cadru;*

c) etapa postatribuire contract/acord-cadru, respectiv executarea și monitorizarea implementării contractului/acordului-cadru.

La art. 21 alin. (1) din aceleași norme se arată că autoritatea contractantă poate iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după ce au fost elaborate și aprobate documentația de atribuire și documentele suport.

Așadar, autoritatea contractantă are dreptul de a iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după ce au fost aprobate documentația de atribuire și documentele suport.

Indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

Concluzionând, în măsura în care autoritatea contractantă dispune de documentația de organizare [și, eventual, identifică fondurile necesare în vederea îndeplinirii contractului], ea poate iniția aplicarea procedurii de atribuire, iar la momentul semnării contractului, ce reprezintă angajamentul legal, sursele de finanțare trebuie asigurate în mod obligatoriu.

Întreaga răspundere a inițierii unei proceduri și stabilirii obiectului achiziției o poartă autoritatea contractantă, Legea nr. 98/2016 consacrând între principiile de la art. 2 alin. (2) și pe acela al asumării răspunderii.

Practica judiciară este în aceeași direcție:

- atacarea în instanță a măsurii rezilierii contractului de către autoritatea contractantă nu o împiedică pe aceasta să inițieze o nouă procedură de atribuire pentru realizarea obiectului contractului inițial (decizia civilă nr. 6112 din 14 decembrie 2015, Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal);

- Contract de lucrări încheiat în anul 2000 și neexecutat din lipsă de fonduri. Organizarea unei licitații în 2012 pentru aceleași lucrări, întrucât accesarea fondurilor europene din care urmează a fi finanțate impune atribuirea contractului prin licitație. Este nefondată contestația contractantului din anul 2000 împotriva licitației. Interesul public pe care trebuie să îl urmărească autoritatea contractantă este prioritar interesului privat al contestatoarei (decizia civilă nr. 881 din 25 februarie 2013, Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal);

- existența anterioară a unui contract cu autoritatea contractantă, reziliat de aceasta, nu împiedică inițierea unei noi proceduri de atribuire (decizia nr. 3579 din 15 noiembrie 2011, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal).

Pe de altă parte, modul de derulare a contractului de asistență juridică nr. 2546/11.08.2004 și opiniile divergente ale părților semnatare cu privire la rezilierea acestuia nu intră în competența Consiliului, aprecierea organului administrativ, ținând cont și de lipsa depunerii unor

probe concludente de către contestatoare, limitându-se la constatarea inexistenței unor motive care să împiedice inițierea procedurii de atribuire. În acest context, asupra excepțiilor rămânerii fără obiect a criticilor și pierderii calității de parte interesată a ..., Consiliul nu se poate pronunța.

Astfel fiind, Consiliul constată a fi nefondate criticile cuprinse în contestație, aceasta urmând a fi respinsă în consecință.

Trecând la soluționarea celei de-a doua contestații, formulate în cadrul procedurii de ..., Consiliul constată că aceasta vizează cerințele din documentația de atribuire prevăzute la cap. IV.4.3 ”Modul de prezentare a ofertei”, art. 10 ”Semnarea contractului”; cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică – partea a II-a; cerința privind indicarea în acordurile de subcontractare a valorii serviciilor/lucrărilor subcontractate.

Referitor la cerința inclusă la cap. IV.4.3 ”Modul de prezentare a ofertei”, art. 10 ”Semnarea contractului”, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarei clauze rezolutorii: CLAUZA REZOLUTORIE: Incheierea contractului de achizitie publica este conditionata de obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibila doar in situatia in care se respecta dispozitiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice. In cazul în care, indiferent de motive, obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizeaza, Autoritatea Contractanta va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibila încheierea contractului de achizitie publica.

Urmare depunerii contestației, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere, publicate în SEAP în data de 08.08.2017, astfel:

I. In vederea eliminarii oricarei ambiguitati generate de utilizarea sintagmei "clauza rezolutorie”, Autoritatea Contractanta opereaza urmatoarele modificari in Fisa de date a achizitiei:

1) In sectiunea III. 1.2) Principalele modulitati de finantare si plata si/sau trimitere la dispozitiile relevante, sintagma "clauza rezolutorie" se inlocuieste cu sintagma "conditia", textul sectiunii devenind "POIM in cofinantare cu Bugetul de Stat. A se vedea **conditia** din sectiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului."

2) In sectiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pct. 10 Semnarea contractului, paragraful

"Procedura de atribuire este initiata sub incidenta urmatoarei clauze rezolutorii: CLAUZA REZOLUTORIE: Incheierea contractului de achizitie publica este conditionata de obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibila doar in situatia in care se respecta dispozitiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice. In cazul in care, indiferent de motive, obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizeaza, Autoritatea Contractanta va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibila incheierea contractului de achizitie publica

se modifica si va avea urmatorul continut:

"**Finalizarea procedurii de atribuire prin incheierea contractului de achizitie publica este supusa urmatoarei conditii:**

Incheierea contractului de achizitie publică este conditionata de obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri

europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibila doar in situatia in care se respecta dispozitiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice. In cazul in care, indiferent de motive, obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizeaza, Autoritatea Contractanta va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibila incheierea contractului de achizitie publica."

3) In sectiunea VI.2) Contractul/Concursul se inscrie intr-un Proiect/Program finantat din fonduri comunitare/Program Operational/Program National de Dezvoltare Rurala - Trimitere (trimiteri) la proiect(e) si/sau program(e), sintagma "clauza rezolutorie" se inlocuieste cu sintagma "conditia", textul sectiunii devenind "POIM in cofinantare cu bugetul de stat. A se vedea conditia din sectiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului."

4) In sectiunea VI.3) Alte informatii, pct. 6 se modifica si va avea urmatorul continut:

"**Finalizarea procedurii de atribuire prin incheierea contractului de achizitie publica este supusa urmatoarei conditii:**

Incheierea contractului de achizitie publica este conditionata de obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibila doar in situatia in care se respecta dispozitiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice. In cazul in care, indiferent de motive, obtinerea/aprobarea finantarii lucrarilor din fonduri de la bugetul de stat si/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizeaza, Autoritatea Contractanta va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibila incheierea contractului de achizitie publica."

Consiliul reține că, în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut, la cap. III.1.2) Principalele modalități de finanțare și plata și/sau trimitere la dispozițiile relevante: POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea clauza rezolutorie din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10, iar la cap. VI.2) Contractul/Concursul se înscrie într-un Proiect/ Program finanțat din fonduri comunitare/program operațional/program național de dezvoltare rurală: DA.

De asemenea, s-a prevăzut, la cap. IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei, pct. 10. SEMNAREA CONTRACTULUI că Indiferent de momentul initierii procedurii de atribuire, autoritatea contractanta va verifica, inainte de incheierea contractului, respectarea dispozitiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice.

Relevanță prezintă și următoarele dispoziții legale:

- art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002: *Nici o cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanţă şi plătită dacă nu este aprobată potrivit legii şi nu are prevederi bugetare*;

- art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016: *(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:*

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

- art. 143 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *Autoritatea contractantă are obligaţia de a încheia contractul de achiziţie publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare;*

- art. 145 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii;*

- art. 146 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *(1) În situaţia în care autoritatea contractantă anulează procedura de atribuire, în condiţiile art. 212 sau 213 din Lege, aceasta are obligaţia de a comunica în scris tuturor participanţilor la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, motivul care a determinat decizia de anulare, precum şi încetarea obligaţiilor asumate de ofertanţi prin depunerea ofertelor sau a solicitărilor de participare. (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 circumstanţe 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.*

Față de cele de mai sus, se reține că, astfel cum a afirmat și autoritatea contractantă, condiția impusă în fișa de date a achiziției, are la bază dispozițiile Legii privind finanțele publice care nu permite angajarea, ordonanțarea și plata unei cheltuieli dacă aceasta nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare.

Astfel, în situația în care, la momentul semnării contractului, nu vor exista prevederi bugetare, autoritatea contractantă va putea face aplicarea prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, dacă în urma demersurilor efectuate nu va putea obține finanțarea contractului.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a precizat că deja au fost inițiate demersurile pentru obținerea finanțării europene nerambursabile, cu susținerea Organismului Intermediar Transport și JASPERS, care a inclus acest proiect în Planul de Acțiune JASPERS 2017.

Condiția introdusă de autoritatea contractantă informează operatorii economici asupra faptului că, pentru a se putea semna contractul, este necesară obținerea finanțării, în caz contrar, procedura urmând a fi anulată, informare care nu este contrară notificării ANAP nr. 256/2016, cum susține contestatoarea.

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

Se observă că notificarea ANAP cuprinde o *atenționare* a autorităților contractante vizavi de libertatea nelimitată pe care ar putea să o aibă înainte de încheierea contractului, pentru situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării. Or, în cazul analizat, autoritatea contractantă nu condiționează încheierea contractului de semnarea contractului de finanțare, ci de necesitatea respectării dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. Mai mult, achizitoare a susținut că a întreprins demersuri pentru obținerea finanțării. De altfel, cum s-a arătat, fondurile sunt asigurate prin POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat.

Potrivit art. 1400 Cod civil, *condiția este suspensivă atunci când de îndeplinirea sa depinde eficacitatea obligației*, adică nașterea în mod valabil a obligației, *condiția fiind rezolutorie atuncă când îndeplinirea ei determină desființarea obligației* (art. 1401 Cod civil), însă măsura de remediere propusă de societatea contestatoare, respectiv introducerea clauzei: "*În măsura în care procedura nu este anulată fiind organizată fără siguranța strict necesară a asigurării fondurilor, clauza rezolutorie va fi introdusă sub forma unei clauze suspensive în contractul de achiziție, care va fi semnat cu ofertantul a cărui oferta a fost stabilită ca fiind câștigătoare*" nu poate fi acceptată, autoritatea contractantă neputând să semneze un contract fără a avea fondurile necesare derulării lui.

În numeroase decizii, Consiliul s-a pronunțat în sensul menținerii deciziei de anulare a procedurii de atribuire, în situația în care era imposibilă încheierea contractului, nefiind asigurate fondurile necesare, iar achizitoarea demonstra că a întreprins toate demersurile pentru obținerea finanțării.

Semnarea unui contract sub condiția suspensivă a obținerii fondurilor, cum a susținut și achizitoarea, ar putea conduce la situații litigioase cu consecințe negative pentru semnatarii contractului.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată a fi nefondate criticile contestatoarei vizavi de condiția din fișa de date a achiziției mai sus analizată.

În ceea ce privește criticile aduse cerinței de la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică – partea a II-a, Consilul constată că, în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut: Cerinta 3 cap. teh. - partea II, Nota 4: In cazul in care beneficiaza de sustinere din partea unui tert, ofertantul va prezenta pentru fiecare lot in parte: (...)

b) documentele indicate in cadrul Angajamentului ferm din care sa rezulte modul efectiv prin care tertul sustinator asigura indeplinirea obligatiilor asumate prin angajament. Aceste documente vor fi incarcate in SEAP impreuna cu Angajamentul ferm, cu DUAE si cu oferta, si vor fi semnate cu semnatura electronica extinsa, bazata pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat in conditiile legii.

Urmare depunerii contestației, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, în data de 08.08.2017, următoarele măsuri de remediere:

2) In sectiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala din Fisa de date a achizitiei, pentru cerintele 1 si 2 privind experienta similara, primul paragraf al

lit. b) din Nota 4, respectiv " b) documentele indicate in cadrul Angajamentului ferm din care sa rezulte modul efectiv prin care tertul sustinator asigura indeplinirea obligatiilor asumate prin angajament." se modifica si va avea urmatorul continut "documentele transmise ofertantului de catre tertul/tertii sustinator/sustinatori, din care rezulta modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator/sustinatori va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere, care se constituie in anexe la angajamentul ferm."

Celelalte prevederi ale lit. b) raman neschimbate.

3) In sectiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala din Fisa de date a achizitiei, pentru cerinta 3 privind utilaje, instalatii si echipamente tehnice, primul paragraf al lit. b) din Nota 5, respectiv " b) documentele indicate in cadrul Angajamentului ferm din care sa rezulte modul efectiv prin care tertul sustinator asigura indeplinirea obligatiilor asumate prin angajament." se modifica si va avea urmatorul continut "documentele transmise ofertantului de catre tertul/tertii sustinator/sustinatori, din care rezulta modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator/sustinatori va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere, care se constituie in anexe la angajamentul ferm."

Celelalte prevederi ale lit. b) raman neschimbate.

4) In sectiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pet. 7. Oferta si documentele insotitoare, paragrafele

"Formularul nr. 3A "Angajament ferm privind sustinerea acordata ofertantului pentru indeplinirea criteriului referitor la situatia economica si financiara" completat si semnat conform modelului prezentat in Sectiunea "Formulare" a Documentatiei de Atribuire, daca ofertantul beneficiaza de sustinere din partea unui tert pentru indeplinirea cerintei privind capacitatea economica si financiara, precum si documentele indicate in cadrul Angajamentului ferm din care sa rezulte modul efectiv prin care tertul sustinator asigura indeplinirea obligatiilor asumate prin angajament.

Formularul nr. 3B "Angajament ferm privind sustinerea acordata ofertantului pentru indeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnica - experienta similara" completat si semnat conform modelului prezentat in Sectiunea "Formulare" a Documentatiei de Atribuire, daca ofertantul beneficiaza de sustinere din partea unui tert pentru indeplinirea cerintei privind capacitatea tehnica-experienta similara, precum si documentele indicate in cadrul Angajamentului ferm din care sa rezulte modul efectiv prin care tertul sustinator asigura indeplinirea obligatiilor asumate prin angajament.

Formularul nr. 3C "Angajament ferm privind sustinerea acordata ofertantului pentru indeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnica - Utilaje, instalatii si echipamente tehnice" completat si semnat conform modelului prezentat in Sectiunea "Formulare" a Documentatiei de Atribuire, daca ofertantul beneficiaza de sustinere din partea unui tert pentru indeplinirea cerintei privind capacitatea tehnica - resurse transferabile, precum si documentele indicate in cadrul Angajamentului ferm din care sa rezulte modul efectiv prin care tertul sustinator asigura indeplinirea obligatiilor asumate prin angajament

se revizuiesc si vor avea urmatorul continut:

Formularul nr. 3A "Angajament ferm privind sustinerea acordata ofertantului pentru indeplinirea criteriului referit or la situatia economica si financiara" completat si semnat conform modelului prezentat in Sectiunea "Formulare" a Documentatiei de Atribuire, daca ofertantul beneficiaza de sustinere din partea unui tert pentru indeplinirea cerintei privind capacitatea economica si financiara, precum si documente transmise ofertantului de catre tertul/tertii sustinator/sustinatari, din care rezulta modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator/sustinatori va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere, care se constituie in anexe la angajamentul ferm.

Formularul nr. 3B ”Angajament ferm privind sustinerea acordata ofertantului pentru indeplinirea criteriului refer itor la capacitatea tehnica - experienta similara" completat si semnat conform modelului prezentat in Sectiunea ”Formulare" a Documentatiei de Atribuire, daca ofertantul beneficiaza de sustinere din partea unui tert pentru indeplinirea cerintei privind capacitatea tehnica-experienta similara, precum si documentele transmise ofertantului de catre tertul/tertii sustinator/sustinatori, din care

rezulta modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator/sustinatori va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere, care se constituie in anexe la angajamentul ferm.

Formularul nr. 3C ”Angajament ferm privind sustinerea acordata ofertantului pentru indeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnica - Utilaje, instalatii si echipamente tehnice" completat si semnat conform modelului prezentat in Sectiunea "Formulare" a Documentatiei de Atribuire, daca ofertantul beneficiaza de sustinere din partea unui tert pentru indeplinirea cerintei privind capacitatea tehnica - resurse transferabile, precum si documentele transmise ofertantului de catre tertul/tertii sustinator/sustinatori, din care rezulta modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator/sustinatori va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere, care se constituie in anexe la angajamentul ferm."

De asemenea, a se vedea Anuntul de tip erata pentru modificarea sectiunilor corespunzatoare din Anuntul de Participare, in mod corelat cu modificarile precizate la pet. l)-4) de mai sus.

5) Nota 1 din cuprinsul Formularului nr. 3A se modifica si va avea urmatorul continut:

"In sensul art. 182 alin (4) din Lege a 98/2016, documentele transmise ofertantului de catre tertul/tertii sustinator/sustinatori din care rezulta modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator/sustinatori va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere vor fi prezentate impreuna cu Angajamentul ferm, cu oferta si cu DUAE, si se vor constitui in anexe la angajamentul ferm.

Documentele prezentate trebuie sa indice care sunt concret resursele tehnice si/sau financiare pe care tertul le mobilizeaza in cazul in care operatorul economic intampina dificultati pe parcursul derularii contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligatiile asumate de ofertant si tertul sustinator prin angajamentul ferm.”

6) Nota 1 din cuprinsul Formularului nr. 3B se modifica si va avea urmatorul continut:

”În sensul art. 182 alin (4) din Legea 98/2016, documentele transmise ofertantului de catre tertul/tertii sustinator/sustinatori din care rezulta modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator/sustinatori va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere vor fi prezentate impreuna cu Angajamentul ferm, cu oferta si cu DUAE, si se vor constitui in anexe la angajamentul ferm.

Documentele prezentate trebuie sa indice care sunt concret resursele tehnice si/sau financiare pe care tertul le mobilizeaza in cazul in care operatorul economic intampina dificultati pe parcursul derularii contractului, tipul acestor documente find determinat de obligatiile asumate de ofertant si tertul sustinator prin angajamentul ferm."

7) Nota 1 din cuprinsul Formularului nr. 3C se modifica si va avea urmatorul continut: "În sensul art. 182 alin (4) din Legea 98/2016, documentele transmise ofertantului de catre tertul/tertii sustinator/ sustinatori din care rezulta modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator/sustinatori va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere vor fi prezentate impreuna cu Angajamentul ferm, cu oferta si cu DUAE, si se vor const it ui in anexe la angajamentul ferm.

Astfel de documente care demonstreaza ca tertul sustinator dispune de resursele in legatura cu care acorda sustinerea si care vor fi disponibilizate in functie de necesitatile contractului conform angajamentului ferm pot fi, fara a se limita la acestea: contracte de vanzare-cumparare, inchiriere, leasing, comodat etc.

Tipul documentelor este determinat de obligatiile asumate de ofertant si tertul sustinator prin angajamentul ferm."

Prin contestație, s-a invocat încălcarea de către autoritatea contractantă a următoarelor dispoziții din Legea nr. 98/2016:

- art. 154 *Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru*

a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire;

- art. 182 alin. (5) *În cazul în care susţinerea terţului/terţilor vizează resurse netransferabile, angajamentul asigură autorităţii contractante îndeplinirea obligaţiilor asumate prin acesta, în situaţia în care contractantul întâmpină dificultăţi pe parcursul derulării contractului*;

- art. 193 alin. (1) *Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:*

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

b) îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

Separat de dispozițiile legale invocate de contestatoare prezintă relevanță și notificarea ANAP nr. 256/2016, rectificată prin erata nr. 258/2016, în care se prevede, între altele:

"**Se vor depune, odata cu DUAE, urmatoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia,** a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz. Nedepunerea acestora odată cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire."

"Capacitatea economică și financiară a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 184 din Legea nr. 98/2016.

Modalitate de îndeplinire: DUAE completat de ofertant în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, inclusiv măsurile avute în vedere de acesta pentru a accesa în orice moment resursele necesare, la care se atașează DUAE și angajamentul ferm al terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători din trebuie să rezulte modul efectiv în care terțul/terții susținători vor asigura îndeplinirea angajamentului.

Prin angajamentul ferm, terțul/terții confirmă faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va/vor interveni concret pentru a duce la îndeplinire respectivele obligații pentru care a acordat susținerea, fie prin indicarea resurselor financiare pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru).

Conform prevederilor art. 184 din Legea nr. 98/2016, prin angajamentul ferm, terțul/terții se va/vor angaja că va/vor răspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziţie publică. Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament."

"Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr. 98/2016.

Modalitate de îndeplinire: DUAE completat de ofertant în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, inclusiv măsurile avute

în vedere de acesta pentru a accesa în orice moment resursele necesare, la care se atașează DUAE și angajamentul ferm ale terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători din trebuie să rezulte modul efectiv în care terțul/terții susținători vor asigura îndeplinirea angajamentului.

Terțul/terții susținători vor completa DUAE cu informații privind nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate.

Prin angajamentul ferm, terțul/terții confirmă faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea, fie prin indicarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru)."

De asemenea, se reține că, potrivit art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, *Odată cu angajamentul de susţinere, ofertantul/candidatul are obligaţia să prezinte documente transmise acestuia de către terţul/terţii susţinător/susţinători, din care să rezulte modul efectiv prin care terţul/terţii susţinător/susţinători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susţinere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.*

Câtă vreme, pentru terții susținători, trebuie prezentat angajamentul de susținere, iar acesta trebuie însoțit de documente conform art. 182 alin. (4) din lege, solicitarea autorității contractante nu poate fi considerată nelegală.

Vizavi de documentele care trebuie prezentate, se consideră că măsurile de remediere luate în urma primirii contestației sunt lămuritoare. Astfel, în privința formularelor 3A și 3B care privesc susținerea situației economice și financiare și a capacității tehnice – experiența similară, s-a precizat că *Documentele prezentate trebuie sa indice care sunt concret resursele tehnice si/sau financiare pe care tertul le mobilizeaza in cazul in care operatorul economic intampina dificultati pe parcursul derularii contractului, tipul acestor documente find determinat de obligatiile asumate de ofertant si tertul sustinator prin angajamentul ferm.*

Contrar susținerilor contestatoarei, faptul că va fi acordată susținerea din partea terțului în privința resurselor netransferabile, cum este cazul experienței similare, nu înseamnă că nu este necesară depunerea de documente anexă la angajamentul de susținere.

Dispozițiile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 nu fac vreo distincție după cum susținerea privește resurse transferabile sau netransferabile, iar art. 182 alin. (5) din lege face referire la necesitatea ca, *în cazul în care susţinerea terţului/terţilor vizează resurse netransferabile, angajamentul să asigure autorităţii contractante îndeplinirea obligaţiilor asumate prin acesta, în situaţia în care contractantul întâmpină dificultăţi pe parcursul derulării contractului*. Condiția de la art. 182 alin. (5) din actul normativ indicat privește conținutul *angajamentului ferm*, și nu documentele anexă acestuia.

Așadar, se constată a fi nefondate criticile contestatoarei în referire la cerința de a fi prezentate documente atașat angajamentelor de susținere.

Analizând criticile cu privire la faptul că ofertanții trebuie să prezinte acordurile de subcontractare cu indicarea valorii lucrării/serviciilor care urmează a fi subcontractate, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a luat măsuri de remediere, apreciind că nu se impunea luarea unor astfel de măsuri.

În fișa de date a achiziției s-a prevăzut că, *pentru fiecare lot în parte, Ofertanții vor încărca în SEAP, împreună cu DUAE și cu oferta, acordul/acordurile de subcontractare încheiate între ofertant și subcontractantul/subcontractanții nominalizat/nominalizați în ofertă, astfel încât activitățile ce revin acestuia/acestora, precum și sumele aferente prestațiilor, să poată fi cuprinse în contractul de subcontractare ce va fi prezentat la incheierea contractului de achizitie publica. Acordul/acordurile de subcontractare va/vor fi semnat/e cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii. Acestea trebuie sa conțină cel puțin următoarele elemente: numele, datele de contact, reprezentanții legali ai subcontractantului; activitățile ce urmează a fi subcontractate;* ***valoarea la care se ridică partea/părțile subcontractate****; opțiunea privind realizarea plăților direct către subcontractant.*

În soluționarea criticilor, Consiliul consideră relevante următoarele dispoziții din Legea nr. 98/2016:

- art. 193: (1) *Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:*

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

b) îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(2) În cazul în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară ori privind capacitatea tehnică şi profesională invocând susţinerea unui terţ, DUAE include informaţiile menţionate la alin. (1) cu privire la terţul susţinător.

(3) În cazul în care operatorul economic intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţiile solicitate cu privire la subcontractanţi.

De asemenea, Consiliul consideră relevantă definiția DUAE astfel cum este regăsită la art. 3 lit. s) din lege: *DUAE - documentul unic de achiziţii european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declaraţia pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie*, precum și pe cea de la lit. yy) a subontractantului*: subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică,*

răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

Pentru soluționarea cauzei sunt considerate relevante și următoarele dispoziții legale:

1. Legea nr. 98/2016:

- art. 55: *(1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori solicitarea de participare partea/părţile din contract pe care urmează să le subcontracteze şi datele de identificare ale subcontractanţilor propuşi.*

(2) Subcontractanţii propuşi trebuie să respecte aceleaşi obligaţii ca şi ofertanţii, în domeniul mediului, social şi al relaţiilor de muncă, stabilite prin legislaţia adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislaţia naţională, prin acorduri colective sau prin tratatele şi acordurile internaţionale în aceste domenii, prevăzute în documentaţia de atribuire potrivit art. 51 alin. (1).

- art. 179: *Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente:*

(...) k) precizarea părţii/părţilor din contract pe care operatorul economic intenţionează să o/le subcontracteze;

- art. 216 alin. (2): *Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puţin următoarele documente/informaţii: ... e) în măsura în care sunt cunoscute, partea/părţile din contractul de achiziţie publică/acordul-cadru pe care ofertantul declarat câştigător intenţionează să o/le subcontracteze unor terţi şi denumirea subcontractanţilor*.

- art. 147 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *Contractul de achiziţie publică/acordul-cadru are cel puţin următoarele anexe, ca parte integrantă: ... e) contractele cu subcontractanţii, în măsura în care în contractul de achiziţie publică/acordul-cadru este reglementat un mecanism de efectuare a plăţilor directe către subcontractanţi*.

Așadar, DUAE este o declarație pe propria răspundere că sunt îndeplinite criteriile de calificare și selecție, iar pentru subcontractanți legiuitorul a prevăzut atât informațiile care pot fi solicitate, cât și momentul la care anumite informații trebuie cunoscute.

Or, după cum se constată, la momentul analizării DUAE de către achizitoare, legat de subcontractanți, informațiile legate de valoarea părții din contract executată/prestată nu sunt necesar a fi cunoscute.

Astfel de elemente sunt părți ale propunerii financiare, achizitoarea având dreptul de a solicita eventual informații privind *partea din contract* care va fi executată/prestată de subcontractantul nominalizat, dar nu și valoarea acestei ponderi.

De altfel, la art. 65 din normele metodologice, legiuitorul a stabilit etapele pe care trebuie să le parcurgă comisia de evaluare pentru evaluarea ofertelor, iar analiza DUAE nu se intersectează cu cea de analiză a propunerilor tehnice ori cu cea de analiză a propunerilor

financiare, la finalul fiecăreia dintre etape autoritatea contractantă comunicând fiecărui ofertant care a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalţi ofertanți faptul că se trece la faza următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. IV secţiunea a 13-a din Lege.

Prin urmare, solicitarea de a fi indicată în acordul de subcontractare valoarea părții subcontractate contravine dispozițiilor legale mai sus citate.

De altfel, această apreciere este confirmată și de faptul că, prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 din 05.01.2016, formularul standard pentru documentul european de achiziții unic prevede tipurile de informații care pot fi solicitate legat de subcontractant, respectiv enumerarea subcontractanților, printre care la pct. 10 din Partea IV, lit. C Capacitatea tehnică și profesională, prevede expres obligativitatea precizării faptului că *se intenționează să se subcontracteze eventual următoarea parte (adică procentaj) din contrac*t.

Prin urmare, se face precizarea expresă că informațiile solicitate pot privi cel mult *partea subcontractată* din contract, și nu valoarea acesteia.

Astfel fiind, se constată că este necesar ca autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire cerința vizând prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/părților subcontractate.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ....

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de ... și obligă autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire cerința vizând prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/ părților subcontractate. Modificările vor fi efectuate în termen de 10 zile de la primirea deciziei și vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate solicitările referitoare la modificarea cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției la cap. IV.4. 3, Modul de prezentare a ofertei, art. 10 - Semnarea contractului, și cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică – partea a II-a.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**