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. 12 alin. (1) 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. 776/01.04.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 12491/03.04.2019, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii simplificate online privind atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de proiectare tehnică şi execuţie lucrări în cadrul Proiectului: Modernizare drumuri locale în comuna Sîmbureşti, judeţul Olt” organizată de către ... cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea hotărârii nr. 814/28.03.2019 de comunicare a deciziei de anulare a procedurii, precum şi a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia,
- anularea deciziei autorităţii contractante privind anularea procedurii de atribuire,
- obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire şi stabilirea ofertantului câştigător dintre ofertele admisibile.

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

Prin contestaţia nr. 776/01.04.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 12491/03.04.2019, SC ... SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante de anulare a procedurii.

În susţinerea acţiunii sale, contestatoarea menţionează că în cadrul procedurii, a depus ofertă în calitate de lider al Asocierii ...., admisibilă

atât din punctul de vedere al cerinţelor de calificare, cât şi prin raportare la aspectele tehnice şi financiare ale documentaţiei de atribuire.

Ulterior datei de depunere a ofertelor, prin Hotararea nr. 814/28.03.2019, autoritatea contractantă informează participanţii la procedura de atribuire despre decizia privind anularea acesteia, iar pentru a dispune în acest sens sunt invocate prevederile art. 211 lit. b) şi ale art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 127 alin. (1) lit. m) din anexa la HG nr. 395/2016, fiind evidențiate următoarele motive de anulare:

- Termenul lung de la data transmiterii documentaţiei în SEAP spre aprobare şi publicarea efectivă a acesteia;
- Modificări legislative care nu au fost cuprinse în gândirea procedurii de atribuire, sens în care procedura nu se mai poate realiza fără o ajustare a preţurilor la manoperă şi materiale;
- Nu există contract semnat de autoritatea contractantă şi Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice;
- întârzieri în procedura de evaluare a ofertelor cauzate de controlul ex-ante şi avizul de conformitate condiţionat.

Contestatoarea apreciază ca fiind netemeinică şi nelegală decizia autorităţii contractante privind anularea procedurii de atribuire, invocând, în acest sens dispoziţiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 care statuează, în mod limitativ, că autoritatea contractantă are obligaţia de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică în următoarele cazuri:

„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...)

c) dacă încălcari ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului",

Alin. (2) al aceluiaşi articol din Legea nr. 98/2016 prevede că:

„În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înţelege situaţia 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)".

Din interpretarea articolelor menţionate mai sus, se constată faptul că anularea procedurii poate fi făcută exclusiv în cazurile expres prevăzute de lege.

Temeiul de drept invocat de autoritatea contractantă, respectiv art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 trebuie coroborat cu art. 212 alin. (2) din acelaşi act normativ care precizează în mod clar că sunt cazuri de anulare a procedurii şi acele situaţii când se constată „abateri grave de la prevederile legislative”. Astfel, anularea procedurii se dispune doar atunci când se constată încălcări ale normelor legale care lezează principiile Legii nr. 98/2016, în sensul în care situaţia care conduce la anularea procedurii să fie una reală şi să viciieze procedura astfel încât aceasta nu mai poate fi continuată, ceea ce nu este cazul în speţa de faţă, în condiţiile în care comuna Sîmbureşti nu a înţeles să arate „abaterile grave de la prevederile legislative".

Cazurile care ar putea conduce la anularea procedurii în cauză sunt limitativ prevăzute de legiuitor la art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar în comunicarea transmisă privind rezultatul procedurii, autoritatea contractantă nu justifică care sunt prevederile grave legislative pe care le-a încălcat şi care au determinat anularea procedurii: *„dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”.*

Invocând aspecte anterioare datei limită de depunere a ofertelor, decizia comisiei de evaluare de anulare a procedurii de atribuire la aproximativ două luni de la data publicării în SEAP este abuzivă şi nelegală în raport de dispoziţiile art. 212 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă argumentând decizia sa pe baza unor motive artificiale de anulare. Raportat la condiţiile stabilite în documentaţia de atribuire, nu se poate constata nicio culpă în sarcina ofertantului, care nu poate fi prejudiciat de o decizie arbitrară a autorităţii contractante adoptată după o îndelungată perioadă de timp în care a creat aşteptări legitime privind existenţa unor şanse reale de atribuire a contractului.

De asemenea, trebuie avute în vedere obligaţiile şi costurile suportate de contestatoare în legătură cu participarea la procedura de atribuire (pregătirea ofertei, constituirea garanţiei de participare, menţinerea valabilităţii ofertei, urmărirea stadiului procedurii de atribuire).

Astfel cum a reţinut Consiliul într-o speţă similară în care autoritatea contractantă a anulat artificial procedura de atribuire, este criticabil comportamentul adoptat de autoritatea contractantă în măsura în care se ajunge „să se sfideze orice reguli şi principii de drept, dar şi eforturile şi cheltuielile efectuate de operatorii economici cu fundamentarea şi elaborarea ofertelor".

Potrivit principiului de drept „Nemo auditor propriam turpitudinem allegans", autoritatea contractantă nu îşi poate invoca propria culpă izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanţilor la procedura de achiziţie după o perioadă lungă de timp în care s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (elaborarea ofertelor, deschiderea şi evaluarea ofertelor).

Aşa cum rezultă din hotărârea de anulare a procedurii de atribuire, aceasta nu priveşte abateri grave de la legislaţia achiziţiilor publice, sens în care autoritatea contractantă a creat circumstanţe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, ceea ce contravine dispoziţiilor art. 146 alin. (2) din anexa la HG nr. 395/2016, conform cărora: *„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".*

Astfel, trebuie subliniat că anularea unei proceduri de atribuire reprezintă o excepţie de la regula instituită de art. 211 din Legea nr. 98/2016, regulă conform căreia autoritatea contractantă are obligaţia de a încheia contractul de achiziţie publică cu ofertantul a cărei ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare, pe baza propunerilor tehnice şi financiare cuprinse în respectiva ofertă.

Fiind o excepţie de la regulă, prevederile art. 212 din acelaşi act normativ trebuie interpretate restrictiv, în sensul că abaterile la care se referă trebuie să existe în realitate, să fie grave, să se aplice procedurii de atribuire derulate şi să o şi afecteze iremediabil în acelaşi timp.

În mod evident aceste condiţii nu sunt îndeplinite în speţă, în condiţiile în care:

- Chiar dacă a trecut mult timp de la momentul transmiterii documentaţiei de atribuire în vederea publicării acesteia în SEAP şi până la încărcarea efectivă a acesteia, fiecare dintre participanţii la procedură a fost în măsură să depună oferta care ar trebui să corespundă cerinţelor documentaţiei;
- Perioada mare de timp de la momentul transmiterii documentaţiei de atribuire în vederea publicării acesteia în SEAP şi până la încărcarea efectivă a acesteia nu poate fi încadrată în categoria abaterilor grave de la prevederile legale;
- Modificările legislative au intrat în vigoare anterior datei de depunere a ofertelor, sens în care este nelegală decizia de anulare a procedurii ulterior acestui moment;
- Modificările legislative nu au influenţă asupra procedurii de atribuire, în condiţiile în care, raportat la cadrul legal în materia achiziţiilor publice, autoritatea contractantă are posibilitatea încheierii unui act adiţional odată cu semnarea contractului de achiziţie publică prin care să fie materializate aceste ajustări a preţurilor.

o În susţinerea acestor afirmaţii vin următoarele acte normative: Instrucţiunea ANAP nr. 2/2018 privind ajustarea preţului contractului de achiziţie publică/sectorială, în conformitate cu care: „Art 9 alin. (5) În cazul apariţiei unei situaţii de natura celor prevăzute la art. 7, preţul va fi actualizat, fie odată cu semnarea contractului/acordului-cadru de achiziţie publică/sectorială, fie ulterior, prin act adiţional la acesta."

o Notificarea nr. 265 şi nr. 264 cu privire la impactul prevederilor OUG nr. 79/2017 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal asupra procedurilor de atribuire aflate în derulare şi asupra contractelor de achiziţie publică aflate în execuţie, potrivit căreia „În cazul procedurilor de atribuire aflate la data de 01.01.2018 în oricare din etapele de după data limită de depunere a ofertelor, conformitatea ofertelor depuse se apreciază prin raportare la modul de respectare a cerinţelor prevăzute în documentaţia de atribuire; respectiv a instrucţiunilor privind modul de completare a propunerii tehnice şi financiare din cadrul fişei de date şi cu respectarea tuturor reglementarilor în vigoare la momentul depunerii ofertelor.

Conform art 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă are obligaţia de a încheia contractul de achiziţie publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare prin întrunirea tuturor condiţiilor/aspectelor prevăzute atât în documentaţia de atribuire, cât şi de legislaţia aplicabilă la momentul semnării contractului.

Astfel, autoritatea contractantă va finaliza procedura de atribuire, urmând ca după încheierea contractului să procedeze la modificarea acestuia în vederea respectării noilor prevederi legislative în domeniul fiscal, conform celor expuse la pct. I al prezentei notificări. În acest caz, se

recomandă ca încheierea actului adiţional de modificare a contractului de achiziţie să se realizeze imediat după semnarea contractului, întrucât contractul încheiat după 01.01.2018 în forma iniţială, în baza legislaţiei aplicabile la momentul iniţierii procedurii, este neconform cu noile prevederi în domeniul fiscal”,
- Lipsa contractului de finanţare cu MDRAP nu se poate circumscrie abaterilor grave de la legislaţie, dat fiind că tocmai clauza suspensivă inserată în documentaţia de atribuire permite derularea în continuare a procedurii şi desemnarea ofertantului câştigător. Astfel, potrivit anunţului de participare simplificat: „CLAUZA SUSPENSIVĂ - Procedura de atribuire este iniţiată sub incidenţa prezentei clauze suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziţie publică este condiţionată de încheierea contractului de finanţare cu MDRAP, semnarea contractului făcându-se cu respectarea dispoziţiilor art 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Având în vedere dispoziţiile Legii nr. 98/2016 şi HG nr. 395/2016, AC precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câştigător. În cazul în care, indiferent de motive, contractul de finanţare cu MDRAP nu se va semna, autoritatea contractantă îşi rezervă dreptul de a aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, după primirea notificării din partea Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice cu privire la neacordarea finanţării, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică". În acest moment autoritatea contractantă nu a primit nicio notificare din partea MDRAP privind nesemnarea contractului de finanţare, astfel că autoritatea contractantă invocă motive artificiale de anulare a procedurii;
- Nici avizul de conformitate condiţionat emis de ANAP nu poate sta la baza emiterii deciziei privind anularea procedurii de atribuire, dat fiind că acesta priveşte neconformităţi ale procesului de evaluare a ofertelor depuse, iar nu aspecte referitoare la încălcarea legislaţiei care să conducă la anularea procedurii. Astfel, potrivit concluziei reprezentanţilor ANAP, aceştia recomandă refacerea documentelor de evaluare şi adresarea de clarificări unora dintre participanţii la procedură.
- Pe de altă parte, chiar şi în cazul existenţei unui aviz de conformitate condiţionat, autoritatea contractantă nu are dreptul de a dispune anularea procedurii, ci poate hotărâ continuarea acesteia, dat fiind că, în conformitate cu dispoziţiile art. 14 alin. (3) şi (4) din OUG nr. 98/2017:

o „(3) În cazul în care decide să continue derularea procedurii de atribuire fără a remedia abaterile constatate de ANAP prin avizul conform condiţionat, autoritatea contractantă publică respectivul aviz în SEAP sau îl aduce la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi, în situaţia în care obligaţiile prevăzute la art. 24 alin. (2) şi (3) nu au fost îndeplinite.

o (4) Autoritatea contractantă care decide continuarea derulării procedurii de atribuire, fără a remedia abaterile constatate de ANAP prin avizul conform condiţionat emis, va transmite ANAP o solicitare sub forma unui înscris prin care îşi asumă responsabilitatea asupra conţinutului actului său administrativ prevăzut la alin. (2) lit. a)-d); în acest caz, înscrisul autorităţii contractante se publică în SEAP sau se aduce la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi, împreună cu avizul conform condiţionat potrivit prevederilor alin. (3)."

- Dacă autoritatea nu este de acord cu cele dispuse prin avizul de conformitate conditionat, are obligaţia de a face aplicabilitatea art. 16 din OUG nr. 98/2017, în sensul demarării procedurii de conciliere cu reprezentanţii ANAP; cum dovada unei astfel de concilieri nu a fost făcută, este evident că nu poate fi vorba despre situaţiile expres şi limitativ prevăzute de lege pentru a se putea dispune anularea procedurii de atribuire, decizia autorităţii fiind întemeiată pe motive artificiale.

În final, contestatoarea susţine că toate aceste aspecte fac dovada deplină a faptului că decizia autorităţii contractante comunicată prin hotărârea nr. 814/28.03.2019 este una netemeinică şi nelegală.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 1321/16.05.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 19147/23.05.2019, precum şi o copie a dosarului achiziţiei.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă menţionează că procedura a intrat sub incidenţa controlului ex-ante, din partea ANAP fiind desemnaţi verificatori ex-ante.

La această procedură s-au înscris şi au depus ofertă un număr de 4 operatori economici, toţi fiind asocieri de ofertanţi.

După evaluarea formularului DUAE depus de ofertanţii asociaţi la această procedură, autoritatea contractantă a primit din partea verificatorilor ex-ante un aviz de conformitate conditionat, motiv pentru care nu a mai trecut la următoarea etapă a evaluării, respectiv cea tehnică, luând hotărârea anulării procedurii în cauză.

Autoritatea contractantă menţionează că după procedura de vizualizare a ofertelor şi analizării formularelor DUAE şi garanţiilor de participare, (din data de 07.03.2019 şi până în data de 20.03.2019), a procedat la transmiterea către ANAP/UCVAP, a procesului - verbal întocmit cu această ocazie, primind din partea ANAP un aviz de conformitate condiţionat, având nr. 5607/485/1037337/AC/21.03.2019.

Ca urmare a primirii acestui aviz, autoritatea contractantă ar fi trebuit, conform celor consemnate în respectivul document, să solicite clarificări anumitor ofertanţi (deşi comisia de evaluare luase deja decizia calificării tuturor ofertanţilor la faza DUAE), întrucât verificatorii ex-ante nu au înţeles din formularele DUAE, depuse de cele trei asocieri de ofertanţi vizate de clarificări (Asocierea SC ...), care este ponderea şi/sau activităţile pentru care a fost responsabil ofertantul respectiv, deci retransmiterea unui nou DUAE în care să fie stipulate în clar numerele contractelor invocate şi ponderea şi/sau activităţile pentru care a fost responsabil.

Cu alte cuvinte, ANAP/UCVAP prin puterea cu care a fost investit, solicită clarificări în locul comisiei de evaluare a ofertelor, deşi legiuitorul a statuat că decizia de calificare sau nu a unui ofertant o ia comisia de evaluare şi nu verificatorii ex-ante; în această speţă, decizia privind calificarea tuturor ofertanţilor participanţi la procedură, era deja luată, aceştia fiind calificaţi pentru evaluarea tehnică; deci prin avizul transmis, se pare că ANAP/UCVAP încearcă să evalueze în locul autorităţii contractante.

Autoritatea contractantă învederează că a hotărât anularea procedurii în cauză, fiind incidente dispoziţiile art. 211 litera b) şi art. 212

alin. (1) litera c) din Legea nr. 98/2016 actualizată, coroborate cu cele ale art. 127 alin. 1 litera m) din HG nr. 395/2016 actualizată, pentru următoarele motive:

- de la data transmiterii documentaţiei în SEAP spre aprobare (26.07.2018 orele 18:00) şi până la publicarea acesteia de către ANAP (04.02.2019 orele 20:51), s-au scurs peste 6 luni calendaristice de respingeri şi modificări ale documentaţiei de atribuire depuse spre aprobare;
- postarea în SEAP a anunţului de participare simplificat s-a produs în data 11.02.2019 orele 10:36;
- în data de 07.03.2019 a avut loc depunerea ofertelor pentru această procedură de achiziţii;
- în tot acest interval de timp (7 luni), legislativul a adoptat o serie de modificări legislative care nu au fost cuprinse în elaborarea acestei proceduri, astfel că la acest moment, proiectarea tehnică şi execuţia lucrărilor din acest contract, nu se mai pot realiza fără o ajustare a preţurilor la manoperă şi materiale (acestea din urmă scumpindu-se foarte mult în aceste ultime 7 luni), aspecte care urmează a fi modificate de către autoritatea contractantă, după anularea procedurii în cauză.

Autoritatea contractantă a luat această măsură de anulare a procedurii pentru a aduce bugetul/devizul general la nivelul preţurilor pe piaţa de resort practicate în aceste zile (atât manopera cât şi materialele), întrucât, autoarei contestaţiei i-a reziliat un contract în data de 21.03.2019, pentru faptul că aceasta nu a mai binevoit să îl mai respecte (nu s-a mai prezentat la lucrări din iulie 2018), solicitând printre altele/ suplimentări (măriri nejustificate de preţuri) pentru materiale, utilaje, transport.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă învederează că ar fi putut uza de dreptul conferit de dispoziţiile art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016 actualizată, însă pentru a nu-i aduce prejudicii în ceea ce priveşte participarea acesteia (autoarei contestaţiei) la alte proceduri de achiziţii publice viitoare, a convenit să-l califice la faza de evaluare a formularului DUAE.

De asemenea, autoritatea contractantă menţionează că procedura în cauză s-a desfăşurat sub incidenţa clauzei suspensive, între aceasta şi ministerul de resort nu a existat vreun contract de finanţare.

La data iniţierii procedurii autoritatea contractantă a optat pentru PNDL - Programul Naţional de Dezvoltare Locală, dar, la acest moment, acest program aparţinând MDRAP s-a închis.

Şi din această cauză, procedura trebuie anulată în tot, având în vedere că toată documentaţia de licitaţie a fost elaborată pentru programul PNDL, unde bugetul investiţiilor nu implica o cofinanţare majoră din partea autorităţilor contractante, faţă de proiectele depuse prin FDI, unde autorităţile contractante ar trebui să plătească după 6 ani de la semnarea contractului, o anumită dobândă anuală pentru suma accesată prin acest fond de dezvoltare şi investiţii (aspecte de ordin pecuniar, neluate în calcul la lansarea procedurii de achiziţie publică), pe lângă alte condiţii care vin odată cu semnarea contractului prin FDI; iar modificările care se impun a se face în cadrul documentaţiei de licitaţie, ar conduce la

schimbarea acesteia în totalitate, aspecte care la acest moment nu se mai pot efectua.

În final, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei pe fond, întrucât aceasta este netemeinică, precum şi menţinerea tuturor actelor efectuate în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Prin adresa nr. 1080/30.05.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 20014/30.05.2019, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, în care precizează că existenţa unui aviz de conformitate condiţionat, emis de reprezentanţi ai ANAP, în niciun caz nu poate reprezenta temei legal pentru anularea procedurii, în condiţiile în care, potrivit recomandărilor echipei de verificare, comisia de evaluarea trebuia să procedeze la o simplă completare a documentelor de evaluare a ofertelor coroborată cu solicitarea de clarificări ofertanţilor, legate de modalitatea de îndeplinire a experienţei similare.

Pe de altă parte, în măsura în care comisia de evaluare nu era de acord cu cele menţionate în avizul de conformitate condiţionat, avea posibilitatea de a urma procedura de conciliere reglementată la art. 16 şi următoarele din Legea nr. 98/2017, iar nu de a anula procedura de atribuire. De asemenea, autoritatea avea dreptul legal de a hotărî continuarea derulării procedurii, posibilitate conferită de dispoziţiile art. 14 alin. (3) şi (4) din OUG nr. 98/2017.

Nici argumentele legate de modificările legislative care au intrat în vigoare anterior datei de depunere a ofertelor nu pot reprezenta motive de anulare a procedurii de atribuire, în condiţiile în care, cu aplicarea prevederilor Instrucţiunii ANAP nr. 2/2018 şi a Notificării ANAP nr. 265 şi 264, autoritatea contractantă are posibilitatea încheierii unui act adiţional odată cu semnarea contractului de achiziţie publică prin care să fie materializate aceste modificări de ajustare a preţurilor.

În ceea ce priveşte relaţiile contractuale anterioare cu autoritatea contractanta, contestatoarea afirmă că acestea sunt irelevante în luarea deciziei de anulare a procedurii, eventualele nemulţumiri ale comunei Sîmbureşti referitoare la acest aspect putând face obiectul unor eventuale litigii soluţionate de instituţiile competente, fără a putea sta la baza emiterii unei decizii de anulare a unei alte proceduri de atribuire.

Nici lipsa contractului de finanţare cu MDRAP nu se poate circumscrie abaterilor grave de la legislaţie, dat fiind că tocmai clauza suspensivă inserată în documentaţia de atribuire permite derularea în continuare a procedurii şi desemnarea ofertantului câştigător. Astfel, potrivit clauzei suspensive, autoritatea contractantă îşi rezervă dreptul de a aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, după primirea notificării din partea Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice cu privire la neacordarea finanţării, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică. Or, la dosarul cauzei autoritatea contractantă nu a depus vreo notificare din partea MDRAP privind nesemnarea contractului de finanţare, astfel că autoritatea a creat circumstanţe artificiale de anulare a procedurii.

Toate aceste aspecte fac dovada deplină a faptului că decizia autorităţii contractante comunicată prin Hotărârea nr. 814/28.03.2019 este una netemeinică şi nelegală.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online privind atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de proiectare tehnică şi execuţie lucrări în cadrul Proiectului: Modernizare drumuri locale în comuna Sîmbureşti, judeţul Olt”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de ... lei.

După depunerea ofertelor și evaluarea DUAE, autoritatea contractantă a luat decizia anulării procedurii, comunicând ofertanților motivele pentru care a luat respectiva decizie, acestea fiind următoarele:

- termenul lung de la data transmiterii documentaţiei în SEAP spre aprobare şi publicarea efectivă a acesteia;
- modificări legislative care nu au fost cuprinse în gândirea procedurii de atribuire, sens în care procedura nu se mai poate realiza fără o ajustare a preţurilor la manoperă şi materiale;
- nu există contract semnat de autoritatea contractantă şi Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice;
- întârzieri în procedura de evaluare a ofertelor cauzate de controlul ex-ante şi avizul de conformitate condiţionat.

Ca urmare a primirii acestei comunicări, a formulat contestație SC ... SRL, solicitând anularea hotărârii nr. 814/28.03.2019 vizând anularea procedurii de atribuire, considerând motivele invocate de autoritate drept artificiale, în raport cu dispozițiile art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

După depunerea contestației, la solicitarea Consiliului, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii prevăzută la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 35.000 lei, prin consemnarea la CEC BANK, Sucursala Slatina, a sumei respective, conform recipisei nr. 205356940/1/02.04.2019, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestaţia aferentă dosarului în cauză.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Analizând pe fond contestația, Consiliul reține că niciunul dintre cele 4 motive de anulare a procedurii de atribuire nu se încadrează în prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, conform căruia ,,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’’.

Faptul că a trecut mult timp de la transmiterea spre publicare a documentației până la publicarea sa efectivă nu reprezintă o încălcare a legii, neputând fi motiv de anulare a procedurii. Situația este aceeași cu cea în care între data anunțului și data desemnării câștigătorului a trecut mult timp, dar acest lucru nu poate conduce la anularea procedurii, din moment ce în procedură sunt ofertanți. În situația de față, Consiliul reține

că există oferte din partea a 3 asocieri, neexistând niciun motiv pentru care acestea să nu fie evaluate.

De asemenea, adoptarea unor modificări legislative referitoare la ajustarea prețului la manoperă și materiale nu înseamnă că procedura în derulare este nulă, o astfel de interpretare conducând, *ad absurdum*, la concluzia că orice modificare legislativă în materia achizițiilor ar trebui urmată de anularea tuturor procedurilor publicate în SEAP. O astfel de interpretare este evident că nu poate fi acceptată, cu atât mai mult cu cât ajustarea prețurilor la manoperă și materiale poate fi făcută în condițiile stabilite de legislația în vigoare.

În ceea ce privește inexistența contractului semnat de autoritatea contractantă cu Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice, acest motiv nu se poate circumscrie abaterilor grave de la legislaţie, dat fiind că tocmai clauza suspensivă inserată în documentaţia de atribuire permite derularea în continuare a procedurii şi desemnarea ofertantului câştigător. Consiliul reține că potrivit anexei nr. 2 la Anunţul de participare simplificat, „CLAUZA SUSPENSIVĂ - Procedura de atribuire este iniţiată sub incidenţa prezentei clauze suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziţie publică este condiţionată de încheierea contractului de finanţare cu MDRAP, semnarea contractului făcându-se cu respectarea dispoziţiilor art 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Având în vedere dispoziţiile Legii nr. 98/2016 şi HG nr. 395/2016, AC precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câştigător. În cazul în care, indiferent de motive, contractul de finanţare cu MDRAP nu se va semna, autoritatea contractantă îşi rezervă dreptul de a aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, după primirea notificării din partea Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice cu privire la neacordarea finanţării, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică".

Pentru a justifica anularea procedurii, autoritatea trebuie să fie în imposibilitatea procurării finanțării, or în acest moment aceasta nu a primit nicio notificare din partea MDRAP privind nesemnarea contractului de finanţare.

De altfel, autoritatea nici nu susține în punctul de vedere lipsa sursei de finanțare, ci susține că la data iniţierii procedurii autoritatea contractantă a optat pentru PNDL - Programul Naţional de Dezvoltare Locală, dar, la acest moment, acest program aparţinând MDRAP s-a închis, că toată documentaţia de licitaţie a fost elaborată pentru programul PNDL, unde bugetul investiţiilor nu implica o cofinanţare majoră din partea autorităţilor contractante, faţă de proiectele depuse prin FDI, unde autorităţile contractante ar trebui să plătească după 6 ani de la semnarea contractului, o anumită dobândă anuală pentru suma accesată prin acest fond de dezvoltare şi investiţii (aspecte de ordin pecuniar, neluate în calcul la lansarea procedurii de achiziţie publică), pe lângă alte condiţii care vin odată cu semnarea contractului prin FDI.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a furnizat operatorilor economici nicio probă din care să rezulte inexistența finanțării pentru acest obiectiv, deci clauza suspensivă citată este inaplicabilă în acest moment.

În ceea ce privește cel de-al patrulea motiv invocat, respectiv întârzieri în procedura de evaluare a ofertelor cauzate de controlul ex-ante şi avizul de conformitate condiţionat, Consiliul reține că observațiile ANAP sunt unele formale, ușor de remediat, astfel că anularea procedurii pentru acest motiv, apare ca nefondată.

Consiliul reține că primul motiv din avizul conform condiționat nr. 5607/485/22.03.2019 vizează un aspect strict formal, respectiv corectarea unei erori materiale constând în completarea corectă a procesului-verbal nr. 672/20.03.2019, în care comisia de evaluare a omis să precizeze că garanțiile de participare acoperă în mod solidar pe toți membrii asocierii, deși în documentele prezentate de consemnează acest lucru. Astfel, acest ,,viciu'' al documentului respectiv putea fi completat în mod facil sau lăsat ca atare, neexistând niciun risc de anulare a contractului în situația necorectării.

Potrivit art. 14 din Ordonanţă de urgenţă nr. 98/2017 privind funcţia de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/ acordurilor-cadru de achiziţie publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii ,, (3) În cazul în care decide să continue derularea procedurii de atribuire fără a remedia abaterile constatate de ANAP prin avizul conform condiţionat, autoritatea contractantă publică respectivul aviz în SEAP sau îl aduce la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi, în situaţia în care obligaţiile prevăzute la art. 24 alin. (2) şi (3) nu au fost îndeplinite.

(4) Autoritatea contractantă care decide continuarea derulării procedurii de atribuire, fără a remedia abaterile constatate de ANAP prin avizul conform condiţionat emis, va transmite ANAP o solicitare sub forma unui înscris prin care îşi asumă responsabilitatea asupra conţinutului actului său administrativ prevăzut la alin. (2) lit. a) - d); în acest caz, înscrisul autorităţii contractante se publică în SEAP sau se aduce la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi, împreună cu avizul conform condiţionat, potrivit prevederilor alin. (3).''

În măsura în care autoritatea nu dorea să remedieze documentele, avea această posibilitate.

Al doilea motiv din avizul conform condiționat are la bază lipsa unor informații din documentele DUAE ale asociațiilor participante, respectiv neprecizarea de către unii operatori a ponderilor sau a acțivităților desfășurate de ei în contractele vizând experiența similară, unele contracte nu au precizate numărul și data, o eroare între două câmpuri din DUAE, toate motivele invocate la acest punct fiind facil de lămurit.

De altfel, nimic nu o împiedica pe autoritate să continue procedura fără a face verificările respective, fiind posibilă lămurirea respectivelor inadvertențe în etapa verificării documentelor suport DUAE.

Deci, dispozițiile legale incidente permiteau autorității continuarea procedurii, nefiind relevat niciun motiv pentru care procedura să fie anulată.

Consiliul nu va reține în soluționare susținerile autorității contractante potrivit cărora autoarei contestaţiei i-a reziliat un contract în data de 21.03.2019, pentru faptul că aceasta nu a mai binevoit să îl mai respecte (nu s-a mai prezentat la lucrări din iulie 2018), solicitând printre

altele/ suplimentări (măriri nejustificate de preţuri) pentru materiale, utilaje, transport, întrucât un astfel de motv nu este reținut în documentele întocmite de aceasta.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ....SRL, în contradictoriu cu .... va dispune anularea hotărârii de anulare a procedurii și continuarea acesteia, prin evaluarea ofertelor depuse.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., și dispune anularea hotărârii de anulare a procedurii și continuarea acesteia, prin evaluarea ofertelor depuse.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de maximum 30 zile de la comunicarea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 12 (douăsprezece) pagini.