

**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:**

## **DECIZIE**

**Nr. 1521/C1/1210**

**Data: 04.07.2023**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 24038/05.05.2023, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., cod unic de înregistrare RO ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ...., reprezentată legal prin ..... și convențional prin Cabinet de Avocat ....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., împotriva documentației procedurii de atribuire, întocmită de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., județ ....., în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractatului de achiziții publice, având ca obiect: „Execuție lucrărilor de construcții pentru obiectivul de investiții «Modernizare drumuri .....le în ....., Județul .....,», cod CPV: 45233120-6, s-a solicitat remedierea documentației de atribuire, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

Potrivit contestatorului, termenul-limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilit pentru data de 15.05.2023. Face trimitere către secțiunile I.3 și II.1.4 din anunțul de participare simplificat și afirmă că prima zi când ofertanții puteau lua la cunoștință de documentația de atribuire este 2 mai, ulterior să depună și solicitările de clarificări.

Apreciază că un ofertant fără informații clare nu avea capacitatea de a depune solicitări de clarificări pe data de 2 mai, prima zi în care avusese posibilitatea practică de acces la documentația de atribuire.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 27 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Din această perspectivă a termenelor nerezonabile, contestatorul critică cerințele caietului de sarcini, secțiunea 14.1 sub-secțiunea „Vizita amplasamentului”, pagina 30, unde se precizează că pe data de 2 mai, prima zi în care ofertanții au putut să ia cunoștință de documentația de atribuire, aceștia ar fi trebuit să participe, între orele 08:00-12:00, la vizita amplasamentului.

Susține că, pentru a putea participa la această vizită, ofertanții ar fi trebuit să transmită o solicitare în acest sens, însă zilele anterioare datei de 2 mai și ulterioare publicării documentației de atribuire au fost toate zile nelucrătoare, nefiind astfel posibilă trimiterea solicitării pentru participarea la vizita amplasamentului.

Potrivit cerințelor caietului de sarcini, efectuarea acestei vizite este obligatorie, neefectuarea ei conducând la respingerea ofertei.

Contestatorul apreciază aceste cerințe ca fiind nelegale și abuzive din perspectiva caracterului restrictiv.

În continuarea contestației, contestatorul critică factorul de evaluare și algoritmul de calcul prevăzute în secțiunea II.2.5 din fișa de date referitor la experiența managerului de proiect, apreciindu-le ca fiind excesiv de restrictive.

Susține că se solicită, pentru a se obține punctajul maxim de 20 puncte, ca managerul de proiect să aibă un număr de minim 70 de contracte, criticând acest factor de evaluare datorită numărului de proiecte necesar.

Invocă în susținere jurisprudența CNSC și subliniază faptul că deși în caietul de sarcini se prevede ca cerință minimă pentru managerul de contract un proiect, însă, fișa de date nu acordă punctaj decât de la minim 2 proiecte, ceea ce conduce la o discrepanță între criteriile de calificare și factorii de evaluare.

Contestatorul critică factorul de evaluare prevăzut în secțiunea II.2.5 din fișa de date referitor la combaterea șomajului, apreciind că este excesiv de restrictiv și nu este concludent din perspectiva calității.

Precizează că factorul de evaluare ținând de combaterea șomajului este descris astfel: *„Numărul de personal provenit din grupurile defavorizate/vulnerabile, respectiv absolvenți după anul 2020 și/sau persoană cu handicap și/sau persoană defavorizată și/sau refugiat Ucraina, care sunt angajați ai societății și au legătură cu obiectul contractului de achiziție publică, pe care ofertantul (...)”*, contestatorul îl apreciază ca fiind discriminatoriu susținând că nu doar prin angajarea de șomeri, de persoane defavorizate și de refugiați se combate șomajul, ci și prin menținerea locurilor de muncă.

În opinia contestatorului, acest factor de evaluare este în mod vădit discriminatoriu precizând că are peste 336 de angajați, contribuind la diminuarea șomajului, fără a se încadra în mod necesar în factorul de evaluare stabilit de autoritatea contractantă.

Menționează că, un astfel de criteriu nu doar că nu asigură creșterea calității lucrărilor, ci conduce la diminuarea ei, pentru că dă preferință unui ofertant care a angajat oameni fără experiență, în dauna

unui ofertant care a păstrat angajați care au experiență și care pot asigura efectuarea unor lucrări de calitate.

Critică factorul de evaluare prevăzut în secțiunea II.2.5 din fișa de date referitor la „Proiect Mediu”, apreciindu-l discriminatoriu, restrictiv și discreționar, nefiind în directă legătură cu obiectul contractului supus atribuirii.

Susține că, derularea de proiecte având ca obiect reducerea emisiilor de gaze excedează obiectului de activitate al potențialilor

oferanți pentru executarea lucrărilor de construire/reabilitare de drumuri.

Apreciază că stabilirea unui astfel de factor de evaluare este excesiv de restrictiv și complet abuziv, adresându-se în mod deliberat unui anumit operator economic care are și astfel de activități alături de cele de construire de drumuri.

Contestatorul susține despre criteriul de calificare prevăzut la secțiunea III.1.3 a) din fișa de date că este excesiv de restrictiv, încălcând prevederile art. 179 din Legea nr. 98/2016, precum și prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017.

Apreciază cerința autorității contractante ca fiind nelegală afirmând că, pentru perioada de doar un an anterior procedurii, în care să fi fost dobândită experiența relevantă este disproporționată față de durata contractului supus atribuirii și în dezacord cu prevederile art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 și cu prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017.

Mai mult, contestatorul precizează că se impune ca nivelul valoric să rezulte din executarea unui singur contract, fiind exclusă posibilitatea de obținere a sa în mod cumulat dintr-un număr rezonabil de contracte, invocând în susținere art. 6 alin. (3) și (4) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Subliniază faptul că un număr foarte redus de astfel de contracte încalcă principiul proporționalității.

Evidențiază faptul că, potrivit prevederilor secțiunii II.2.7 din fișa de date și potrivit prevederilor de la pagina 50 a caietului de sarcini, durata contractului este de 96 de luni, durata de execuție fiind cu mult mai mare decât perioada anterioară procedurii în care se putea dobândi experiența relevantă. Invocă în susținere jurisprudența CNSC și prevederile art. 6 alin. (1)-(4), art. 11 alin. (1) și (2) ale Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017.

Menționează că în privința contractului care face obiectul procedurii în cauză, complexitatea redusă a lucrărilor din punct de vedere tehnic nu impune ca nivelul valoric solicitat să rezulte dintr-un singur contract.

Apreciază că această exigență este restrictivă și la nivel economic, pentru că, dacă s-ar insera în mod constant în proceduri de atribuire, s-ar bloca practic posibilitatea operatorilor economici de a avea acces gradual la lucrări din ce în ce mai complexe. Invocă în susținere prevederile CJUE.

În opinia contestatorului, un număr de contracte a căror valoare poate fi cumulată, mai redus de 4, este nejustificat din punct de vedere tehnic, iar prin aceasta ar constitui o cerință disproporționată.

Susține, potrivit prevederilor de la pagina 6 a caietului de sarcini, lungimea drumurilor .....le care fac obiectul contractului supus atribuirii este de 12,759 km.

Precizează că pentru a se realiza 12,759 km de drum .....l, aceeași experiență o are și un constructor care a mai executat un contract de 13 km, și un constructor care a realizat 4 contracte succesive a câte 3,25 km de drum .....l. Menționează că în cazul creșterii lungimii sectorului de drum, atunci când este vorba de un număr redus kilometri, nu conduce la creșterea

gradului de complexitate a respectivei lucrări, ci dimpotrivă, realizarea celor 4 contracte succesive este mai complicată tehnic decât executarea unui singur contract având ca obiect 13 km de drum .....l.

În ceea ce privește cerința secțiunii III.1.3.a) privitoare la deținerea a minim două stații de preparare a mixturilor asfaltice, contestatorul o apreciază ca fiind nejustificată tehnic și cu totul excesivă față de volumul lucrărilor, precizând că obiectul contractului este construirea/reabilitarea, într-un termen de executare a lucrărilor de 60 de luni, a 19 străzi sătești, iar o singură stație de asfalt de 80 to/oră este suficientă să pregătească în câteva săptămâni întreaga cantitate de asfalt necesară acestor lucrări.

În opinia contestatorului, cerința autorității contractante apare disproporționată și excesivă, fiind menită să restricționeze concurența, invocând în susținere jurisprudența CNSC.

Potrivit cerințelor caietului de sarcini referitoare la personalul-cheie, contestatorul afirmă că managerul de contract și inginerul de construcții ..... trebuie să aibă minim 20 de ani de experiență generală.

Contestatorul apreciază această cerință ca fiind excesivă, susținând că limita concurența. Precizează că autoritatea contractantă nu oferă nicio justificare a acestei durate extrem de lungi a experienței minime.

Mai mult, menționează că o astfel de cerință este și contradictorie, deoarece, la paginile 14-15 ale caietului de sarcini, se indică faptul că este suficientă experiența specifică într-un contract din domeniul infrastructurii de transport rutier.

În opinia contestatorului, stabilirea unei experiențe minime care să depășească 5 ani, are un caracter excesiv.

Critică prevederile art. 32.1 lit. j) din proiectul de contract, potrivit cărora contractul se reziliază de către Beneficiar „în cazul în care ordinul de începere nu se emite în 48 de luni”, apreciindu-l ca fiind nelegal.

Apreciază că astfel de clauze de denunțare unilaterală încalcă prevederile art. 223 din Legea nr. 98/2016 care stipulează situațiile limitative și condițiile în care autoritatea contractantă poate denunța unilateral contractul, situații în care prevederile criticate nu se încadrează și invocă jurisprudența CNSC.

În ceea ce privește prevederile art. 16.1 din proiectul de contract, care dau un drept discreționar beneficiarului de suspendare a lucrărilor, fără a prevedea situații obiective care pot conduce la o asemenea măsură și nici situații obiective pentru încetarea suspendării, contestatorul le apreciază ca fiind nelegale.

În opinia contestatorului, o astfel de prevedere nu este justificată din punct de vedere juridic sau tehnic, dând autorității contractante

posibilitatea de a bloca executarea contractului de către un ofertant neagreat. Apreciază că simpla cerință ca beneficiarul să indice cauza suspendării este insuficientă, câtă vreme contractul nu prevede situații obiective care pot constitui astfel de cauze de suspendare, lăsând acest aspect la alegerea autorității contractante.

Potrivit contestatorului, atât titlul obiectului achiziției, cât și descrierea acestui obiect în caietul de sarcini și în proiectul de contract conduc la concluzia că, în sarcina executantului nu intră obligații de

proiectare, ci strict cele de executare a lucrărilor în baza proiectului pus la dispoziție de beneficiar.

Precizează că o astfel de concluzie este sprijinită și de faptul că în documentația de atribuire este inclus proiectul lucrărilor a căror executare face obiectul procedurii, iar art. 8.6 din proiectul de contract indică în mod expres că achizitorul este cel care pune la dispoziția executantului „documentațiile tehnice de proiectare”.

Apreciază că documentația de atribuire conține prevederi echivoce, lipsite de claritate, din care ar putea reieși că unele obligații de proiectare ar fi în sarcina executantului, exemplificând art. 14.2 și art. 20.1 din proiectul de contract, secțiunea 14.1 din caietul de sarcini și paginile 48-50.

Susține că cerințele autorității contractante apar ca fiind lipsite de transparență cu privire la obiectul exact al contractului din perspectiva proiectării.

Conform contestatorului, în caietul de sarcini, se solicită antreprenorului să pună la dispoziția autorității contractante un program informatic a cărui complexitate excedează cu mult atât obiectul achiziției, cât și obiectul de activitate al ofertanților, acesta apreciind această solicitare ca fiind 2.11 nejustificată și nelegală.

Susține că pentru achiziția acestuia nu sunt prevăzute sume separate, apreciind că autoritatea contractantă intenționează să mascheze această achiziție în prețul lucrărilor, aspect care afectează legalitatea întregii achiziții, existând riscul pentru ofertanți ca autoritatea contractantă să fie obligată de curtea de conturi să recupereze valoarea acestui program informatic, ulterior achiziționării sale.

Referitor la prevederile din secțiunea II.2.14 a fișei de date care indică sursa de finanțare printr-o enumerare generică și condiționează semnarea contractului de obținerea finanțării, contestatorul le apreciază ca fiind lipsite de claritate și transparență.

Menționează că prevederile care condiționează încheierea contractului de obținerea finanțării apar a fi în contradicție cu existența sursei de finanțare, fiind lipsite de claritate și netransparente, încălcând art. 143 din alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Solicită admiterea contestației și depune în probațiune, următoarele documente:

- Extras de pe SEAP referitor la data și ora publicării anunțului de participare;
- Anunțul participare;
- Fișa de date;
- Extras din caietul de sarcini;

- Extras din proiectul de contract.

Invocă în drept, prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 4462/25.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 27863/23.05.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Referitor la numărul de zile până la care se pot solicita clarificări, autoritatea contractantă menționează că, la stabilirea termenului de 13

zile, a luat în calcul 4 zile perioada pentru solicitare de clarificări/întrebări din partea operatorilor economici, 3 zile necesare analizei solicitărilor de clarificări, 4 zile pentru verificarea documentației de către ANAP și 2 zile pentru elaborarea și publicarea răspunsului consolidat.

Susține că după primirea unei decizii din partea Consiliului va modifica termenul limită pentru solicitarea vizitei amplasamentului, ținând cont de noul termen stabilit pentru depunerea ofertelor.

Autoritatea contractantă precizează că va adopta măsuri de remediere cu privire la diminuarea numărului de contracte care stau la baza acordării punctajului pentru factorul de evaluare manager de contract.

Afirmă, în conformitate cu prevederile art. 12 din Instrucțiunea ANAP 1/2017, că factorii de evaluare reprezintă o extindere a cerințelor minime obligatorii din caietul de sarcini.

Referitor la punctul 2.3 criticat de către contestator, autoritatea contractantă menționează, potrivit documentației de atribuire, secțiunea II.2.5 Criterii de atribuire, că s-a ales ca și criteriu de atribuire „Cel mai bun raport calitate-preț”, conform art. 32 din HG nr. 395/2016 și invocă în susținere prevederile art. 187 alin. (4) Legea nr. 98/2016 și jurisprudența CJUE.

În ceea ce privește criticile contestatorului cu privire la numărul de angajați pe care îi deține, autoritatea contractantă le apreciază ca fiind lipsite de relevanță în raport cu factorul de evaluare contestat și afirmă că nu reprezintă o justificare temeinică a caracterului discriminatoriu imputat de aceasta.

Referitor la criticile contestatorului cu privire la faptul că prin stabilirea unui astfel de factor s-ar avantaja un anumit operator economic, autoritatea contractantă susține că nu sunt justificate prin prisma faptului că toate persoanele incluse de autoritatea contractantă în categoria celor ce fac obiectul factorului de evaluare, nu sunt persoane necalificate, neregăsindu-se în documentația de atribuire nicio specificație cu privire la acest aspect.

Susține că nu a exclus din documentația de atribuire experți cheie calificați și cu experiență în domeniu, desemnați pentru executarea contractului, apreciind critica ca fiind nejustificată și nefondată și solicită respingerea acesteia.

Cu privire la cerința fișei de date referitoare la factorii de evaluare „Proiect de mediu”, autoritatea contractantă menționează că informațiile prezentate de către contestator nu reprezintă o justificare a caracterului discriminatoriu al factorului de evaluare, ci doar o abordare personală a acestuia.

Autoritatea contractantă precizează că un factor de evaluare care include aspecte de mediu, nu poate fi asimilat obiectului vreunui contract, acesta având aplicabilitate individuală, operatorii economici, putând acționa în acest sens prin utilizarea de utilaje și echipamente electrice.

Apreciază critica contestatorului ca fiind nejustificată și solicită respingerea acesteia.

Referitor la punctul 2.5 criticat de către contestator, autoritatea contractantă afirmă că a urmărit ca operatorii economici participanți la

procedura de atribuire a contractului să aibă dotările tehnice, umane și financiare disponibile.

Referitor la nivelul valoric impus, autoritatea contractantă susține că a respectat prevederile art. 3 alin. (2) și alin. (3) lit. a) din Instrucțiunea nr. 2/2017 și solicită respingerea acestei critici ca neîntemeiată.

În ceea ce privește critica cu privire la stabilirea perioadei în care s-a dobândit experiența similară și numărul de contracte din care să rezulte nivelul valoric al experienței relevante analizând prevederile legale incidente, autoritatea contractantă menționează că va lua măsura remedierii documentației de atribuire, prin modificarea cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională componenta lucrări.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază critica contestatorului ca fiind lipsită de obiect și solicită respingerea acesteia.

În ceea ce privește critica aferentă cerinței fișei de date cu privire la utilaje/echipamente, autoritatea contractantă susține că a avut în vedere posibilitatea că pe perioada execuției contractului, stația de preparare mixturi asfaltice, să se defecteze sau să fie în imposibilitatea de a putea furniza materialele necesare execuției lucrărilor datorită implicării în contracte multiple.

Menționează că nu a impus operatorilor economici obligativitatea demonstrării, deținerii prin resurse proprii a acestor echipamente, aceștia având posibilitatea obținerii serviciilor prin externalizare.

Apreciază critica ca fiind nefondată și solicită respingerea acesteia.

În ceea ce privește punctul 2.7 criticat de către contestator, în legătură cu cerința caietului de sarcini cu privire la cerințele privind experții cheie „manager de contract și inginer construcții ....., autoritatea contractantă precizează că va lua măsura remedierii documentației de atribuire în sensul eliminării din documentație a mențiunii conform căreia ordinul de începere al lucrărilor se va da nu mai târziu de 43 de luni.

Astfel autoritatea contractantă apreciază critica ca fiind lipsită de obiect și solicită respingerea acesteia.

În ceea ce privește critica cerinței fișei de date cu privire la emiterea ordinului de începere a lucrărilor, autoritatea contractantă menționează că a luat măsura remedierii documentației de atribuire în sensul diminuării cerinței privind experiența generală de 20 ani, solicitată prin documentația de atribuire.

Referitor la critica de la punctul 2.9 din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca lipsită de obiect

afirmând că o clauză similară se regăsește în draftul de contract pentru execuția de lucrări, stabilit prin Instrucțiunea ANAP nr. 1/2018, respectiv punctul 33.2.

În ceea ce privește critica cerința fișei de date cu privire la prevederile contractuale care fac trimitere la servicii de proiectare, autoritatea contractantă susține că dintr-o eroare de redactare în documentația de atribuire au fost incluse sau s-a omis a fi adaptat la specificul contractului, mențiuni care fac referire la servicii de proiectare.

Autoritatea contractantă afirmă că va lua toate măsurile pentru remedierea acestor erori.

Referitor la punctul 2.11 criticat în cuprinsul contestației, privind cerința de a pune la dispoziția contractului a unei aplicații informatice, autoritatea contractantă menționează că a luat măsura remedierii documentației de atribuire în sensul eliminării cerinței, având în vedere că în valoarea estimată a contractului nu au fost prevăzute cheltuieli pentru acest serviciu.

În ceea ce privește punctul 2.12 criticat de către contestator, în legătură cu inițierea procedurii și semnarea contractului în lipsa unei surse de finanțare, autoritatea contractantă precizează că procedura de atribuire a contractului de achiziție publică a fost demarată având fondurile identificate, proiectul neavând la momentul lansării procedurii de atribuire semnat contractul de finanțare susținând că a menționat în caietul de sarcini, un termen limită pentru obținerea finanțării, respectiv 12 luni.

Invocă în susținere prevederile art. 21 alin. (1) din HG nr. 395/2016,

art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002, art. 143 alin. (1) și art. 145 din HG nr. 395/2016, art. 212 alin. (1) lit. c) Legea nr. 98/2016, art. 1400 din Codul Civil, OUG nr. 40/2015, art. 221 din Legea nr. 98/2016.

În opinia autorității contractante, contractul de achiziție publică nu poate conține o clauză suspensivă, în sensul în care încheierea acestuia este condiționată de alocarea creditelor bugetare cu aceasta destinație, semnarea lui fără existența certă a surselor de finanțare necesare îndeplinirii obligațiilor de plată asumate prin acesta, fiind interzisă și în contradicție cu legea privind finanțele publice.

Apreciază critica ca fiind nefondată și solicită respingerea acesteia.

În probatoriu, autoritatea contractantă atașează punctului de vedere clarificare din oficiu, erată print screen-ul cu data înștiințării din partea operatorului economic cu privire la contestația formulată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 27972/24.05.2023, contestatorul transmite un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, solicitând admiterea contestației sale și cheltuieli de judecată.

Contestatorul susține că i-a fost comunicat punctul de vedere la data de 23.05.2023, ora 15:07, cu încălcarea prevederilor art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și susține toate criticile formulate în cuprinsul contestației sale.

Prin corespondența electronică, înregistrată la CNSC sub nr. 29603, contestatorul transmite dovada cheltuielilor de judecată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 30195/07.06.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 24787/09.05.2023, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209115882/1 tranzacția nr. 1330407582/50131147 din data de 04.05.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala ....., în cuantum de 35.000,00 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziții publice având ca obiect: „Execuție lucrărilor de construcții pentru obiectivul de investiții «Modernizare drumuri .....le în ..... Județul .....»”, cod CPV: 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. SCN1124119/28.04.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 14.335.714,00 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „Cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC ..... SRL este nemulțumit de anumite prevederi ale documentației de atribuire, despre care susține că ar fi de natură să-i restricționeze în mod nejustificat accesul la procedura de atribuire.

Ca un prim aspect, Consiliul reține că, ulterior luării la cunoștință a contestației formulată de SC ..... SRL, autoritatea contractantă a publicat în SEAP sub identificatorul „[SCN1124119/00015] Clarificare.pdf” adresa nr. 4463/25.05.2023 intitulată „clarificare din oficiu”, în cadrul căreia a modificat o parte din cerințele documentației de atribuire criticate, după cum urmează:

- cu privire la numărul de contracte solicitat pentru acordarea punctajului maxim în cazul factorului de evaluare tehnic „Experiența profesională a echipei - Managerul de contract/proiect” (critica 2.2, prima parte), autoritatea contractantă a redus numărul de contracte aferente punctajului maxim de la 70 proiecte la 10 proiecte (punctul 2.1 din adresa nr. 4463/25.05.2023);
- cu privire la experiența de 20 de ani solicitată pentru managerul de contract și inginerul ..... (critica 2.7), autoritatea contractantă a modificat cerința astfel cum solicită contestatorul, de la 20 de ani la 5 ani (punctul 1.1 din adresa de clarificări); cu toate acestea, pentru a evita eventuala incidență a prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 (motivată de faptul că cerința privind inginerul ..... este prevăzută doar în caietul de sarcini fără a fi preluată și în anunțul de participare simplificat, situație sancționată de norma juridică anterior menționată prin considerarea cerinței drept clauză nescrisă) și pentru a da eficacitate remedierilor operate, Consiliul reține că în cazul specific al inginerului ....., care, spre deosebire de managerul de contract, nu este factor în criteriul de atribuire, autoritatea contractantă, în scopul informării corecte, complete

- și precise a ofertanților cu privire la modalitatea în care le vor fi evaluate ofertele (astfel cum dispun prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016) are posibilitatea fie de a prelua cerința cu privire la inginerul ..... în anunțul de participare (aceasta fiind, în fapt, o cerință de calificare mascată în caietul de sarcini) fie de a o elimina cu totul din caietul de sarcini;
- cu privire la art. 32.1 lit. j) din modelul de contract, a cărei eliminare este solicitată la punctul 2.8 din contestație, Consiliul

reține că acesta a fost eliminat la punctul 3.1 din adresa de clarificări;

- cu privire la referirile multiple asupra serviciilor de proiectare, a căror eliminare o solicită contestatorul la punctul 2.10, Consiliul reține că prin precizările de la punctele 1.2, 1.3, 1.4 și 1.5 din adresa de clarificări, autoritatea contractantă a procedat la eliminarea respectivelor cerințe, acestea fiind potrivit mențiunilor de la punctul 2.10 din punctul de vedere simple erori de dactilografiere;
- cu privire la aplicația informatică pentru gestiunea investițiilor criticată la punctul 2.11 din contestație, Consiliul reține că la punctul 1.6 din adresa de clarificări, autoritatea contractantă a eliminat respectivele cerințe.

Având în vedere faptul că prin adresa nr. 4463/25.05.2023, autoritatea contractantă, cu încălcarea termenului prevăzut la art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a remediat cerințele criticate la punctele 2.2 (prima parte), 2.7, 2.8, 2.10 și 2.11 în sensul dorit de contestator, criticile acestuia au rămas fără obiect, urmând a fi respinse ca atare, cu observațiile privind caracterul de clauze nescrise al cerinței privind inginerul ..... criticat la punctul 2.7.

În ceea ce privește faptul că remedierile au fost adoptate după expirarea termenului prevăzut la art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, acesta urmează a fi luat în considerare la determinarea cuantumului cheltuielilor de soluționare convenite contestatorului.

În continuare, procedând la analiza criticile contestatorului privind cerințele care nu au fost remediate, Consiliul reține că la punctul 2.1 din contestație acesta este nemulțumit de termenul limită stabilit pentru solicitările de clarificări la 13 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor și de caracterul pretins restrictiv al cerinței referitoare la vizitarea amplasamentului.

Potrivit mențiunilor de la punctul IV.2.2) din anunțul de participare simplificat, termenul limita pentru primirea ofertelor a fost stabilit pentru data 15.05.2023.

Anunțul de participare simplificat a fost transmis și publicat în SEAP la data 28.04.2023.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale din Legea nr. 98/2016:

- art. 160 alin. (1): *„Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, **cu respectarea termenului limită***

**stabilit** de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs”;

- art. 160 alin. (2): „Autoritatea contractantă **stabilește** prin anunțul de participare/simplificat/de concurs **unul sau două termene-limită** în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege”;
- art. 161 alin. (1): „În măsura în care solicitările de clarificări sau informații suplimentare au fost adresate în termenul prevăzut în

*anunțul de participare/de concurs, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie transmis cu cel puțin 10 zile, respectiv 5 zile în situațiile de urgență demonstrate în mod corespunzător de autoritatea contractantă, prevăzute la art. 74 alin. (3) și art. 79 alin. (5), înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare”;*

- *art. 161 alin. (2): „În cazul aplicării procedurii simplificate, termenele prevăzute la alin. (1) se reduc la 6 zile în cazul contractului de achiziție publică de lucrări, respectiv 3 zile în cazul contractului de achiziție publică de produse sau de servicii, sau cu cel puțin două zile, în cazul contractului de achiziție publică de produse de complexitate redusă sau în situațiile de urgență, demonstrate în mod corespunzător de către autoritatea contractantă, înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare”;*
- *art. 113 alin. (3): „Autoritatea contractantă are obligația de a stabili perioada de depunere a ofertelor în funcție de complexitatea contractului de achiziție publică/acordului-cadru și de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție, dacă sunt solicitate prin documentele achiziției”;*
- *art. 113 alin. (5) lit. c): „Conform alin. (4) lit. a) și fără a aduce atingere dispozițiilor alin. (3), perioada minimă între data transmiterii anunțului de participare la procedura simplificată și data-limită de depunere a ofertelor este de cel puțin: (...) 15 zile, în cazul în care se are în vedere atribuirea unui contract de achiziție publică de lucrări”.*

Având în vedere faptul că între data publicării anunțului de participare (28.04.2023) și data limită de depunere a ofertelor (15.05.2023) sunt 17 zile, rezultă că în aparență autoritatea contractantă ar fi asigurat pentru elaborarea ofertelor un interval de timp mai mare decât cel de 15 zile impus prin prevederile art. 113 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016 anterior citate.

Cu toate acestea, Consiliul reține că, potrivit informațiilor din antetul anunțului de participare simplificat, acesta a fost transmis de autoritate în SEAP la data 28.04.2023 ora 18:40, fiind publicat de către operatorul SEAP în același moment, respectiv 28.04.2023 ora 18:40.

Consiliul reține că ziua 28.04.2023 a fost într-o vineri, fiind urmată de numeroase zile nelucrătoare respectiv sâmbătă 29.04.2023, duminică 30.04.2023 și luni 01.05.2023.

Prin urmare, fiind publicat vineri la ora 18:40 (după finalul programului de lucru al majorității operatorilor economici), rezultă că anunțul de participare simplificat a putut fi consultat abia în ziua de marți 02.05.2023, cu exact 13 zile înainte de termenul limită de depunere al ofertelor, astfel cum susține în mod corect contestatorul.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a aplicat în mod corespunzător prevederile art. 113 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 anterior reproduse în sensul că nu a stabilit perioada de depunere a ofertelor astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor.

Consiliul reține că, în situația în care considera că are nevoie de timp pentru analiza solicitărilor de clarificări, verificarea documentației de către ANAP, elaborarea și publicarea răspunsului consolidat, inclusiv termenul necesar pentru transmiterea unei erate conform art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016, nimic nu împiedica autoritatea contractantă să stabilească termenul limită de depunere a ofertelor la o dată mai îndepărtată astfel încât operatorii economici interesați să aibă suficient timp pentru elaborarea solicitărilor de clarificări înainte de cele 13 zile dorite de autoritate.

Având în vedere faptul că procedura a fost suspendată, Consiliul reține că la data ieșirii acesteia din suspendare, autoritatea contractantă va avea în continuare obligația respectării normelor juridice anterior menționate astfel încât termenul de 13 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, considerat de aceasta necesar, să nu fie în continuare de natură să restricționeze accesul operatorilor economici la procedura de atribuire.

Un alt aspect criticat la punctul 2.1 din contestație îl constituie cerința cu privire la vizitarea amplasamentului.

În acest sens, Consiliul reține că la pag. 30 din caietul de sarcini, la punctul 14.1 intitulat „Responsabilitățile Contractantului”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

*„Responsabilitățile cu caracter general*

*Vizita amplasamentului*

*Autoritatea contractanta informează că în vederea elaborării unei propuneri tehnice cât mai sustenabile si precise (având în vedere serviciul de proiectare și asistență tehnică), operatorii economici interesați vor efectua vizita obligatorie de amplasament ce va fi organizata cu 13 zile înainte de data limita de depunere a ofertelor Ofertanții vor transmite în acest sens o adresă în SEAP la secțiunea „Solicitări de clarificare/întrebări”. Neefectuarea vizitei amplasamentului și neprezentarea procesului verbal, contrasemnat, în cadrul propunerii tehnice, dă dreptul autorității contractante de a declara oferta neconformă. Procesul verbal de vizitare amplasament va fi prezentat în cadrul propunerii tehnice si va fi contrasemnat de un reprezentant al*

*Beneficiarului. Vizita amplasamentului se va face în intervalul orar 08:00 -12:00".*

Din analiza prevederilor caietului de sarcini anterior menționate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a impus operatorilor economici să viziteze amplasamentul în intervalul 08:00 - 12:00 al zilei 02.05.2023, sub sancțiunea respingerii ofertei.

Or, o astfel de condiție este restrictivă sub mai multe aspecte.

Astfel, în primul rând condiționarea conformității propunerii tehnice de vizitarea amplasamentului nu respectă prevederile art. 123 alin. (1)

din HG nr. 395/2016 care stipulează în sensul că oferta se elaborează în baza specificațiilor tehnice din caietul de sarcini cunoscute tuturor ofertanților, și nu în baza observațiilor individuale obținute la vizitarea amplasamentului.

Sub un alt aspect, condiția este restrictivă datorită limitărilor geografice, în sensul că operatori economici valoroși aflați la depărtare nu ar putea participa la vizitarea amplasamentului deși, ulterior, ar putea depune ofertă, ar avea capacitatea executării contractului și ar propune preț competitiv.

Nu în ultimul rând, cerința este restrictivă și sub aspectul sincronizării, în sensul că vizitarea amplasamentului este aleasă în dimineața primei zile lucrătoare din intervalul de elaborare al ofertelor, respectiv în data 02.05.2023 între orele 08:00 - 12:00, imediat după cele 3 zile nelucrătoare ulterioare publicării anunțului de participare simplificat.

Restrictivă este și condiționarea vizitării amplasamentului de o solicitare prealabilă, în contextul în care procedura a fost inițiată vineri seara, la ora 18:40, fără nicio zi lucrătoare înaintea celei de marți 2 mai 2023, în care ar fi urmat să fie vizitat amplasamentul începând cu ora 08:00 dimineața.

Potrivit exigențelor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) asumarea răspunderii.

De asemenea, în condițiile art. 49 și 50 din același act normativ, autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, acestora incumbându-le obligația negativă de a nu concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Față de motivele precizate anterior, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a respectat rigorile normelor juridice reproduse supra, criticile contestatorului de la punctul 2.1 urmând a fi admise atât sub aspectul caracterului obligatoriu al vizitării amplasamentului cât și sub aspectul timpului alocat pentru elaborarea solicitărilor de oferte și a ofertelor.

În mod evident, pentru identificarea constrângerilor în executarea lucrărilor și pentru identificarea eventualelor erori de proiectare, operatorii economici au dreptul să viziteze amplasamentul astfel încât să transmită ulterior solicitări de clarificare autorității iar aceasta să răspundă în mod egal prin SEAP conform art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 însă acest drept de vizitare a amplasamentului nu poate fi transformat ulterior de autoritate în obligație sau pentru a respinge oferta.

Critica contestatorului din partea finală a punctului 2.2, referitoare la pretinsa eroare în algoritmul de acordare a punctajului pentru factorul de atribuire „*Experiența profesională a echipei - Managerul de contract/proiect*” urmează a fi respinsă ca nefondată deoarece în situația menționată de contestator, a demonstrării experienței într-un singur contract/proiect, oferta este considerată conformă însă nu i se cuvine punctaj, fiind îndeplinit nivelul minim solicitat prin caietul de sarcini.

În situația demonstrării experienței în mai mult de 1 contract, autoritatea contractantă a stabilit în mod corect că oferta va fi punctată iar în situația în care ofertantul nu demonstrează experiență, oferta este neconformă.

Prin urmare, în situația participării anterioare a managerului propus la un singur proiect/contract, contestatorul ar avea ofertă conformă din această perspectivă însă nu ar depăși nivelul minim stabilit prin caietul de sarcini, situație în care nu i s-ar cuveni punctaj la factorul de atribuire „*Experiența profesională a echipei - Managerul de contract/proiect*”.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile contestatorului de la punctul 2.2 aferente algoritmului de punctaj pentru factorul de atribuire „*Experiența profesională a echipei - Managerul de contract/proiect*”.

Ca nefondate urmează a fi respinse și criticile contestatorului de la punctul 2.3 deoarece factorul de atribuire „*Combaterea șomajului*” este legal din perspectiva art. 187 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 care statuează în sensul „*În sensul alin. (3) lit. c) și d), cel mai bun raport calitate- preț/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru*” deoarece, pe de o parte, factorul se referă la aspecte sociale astfel cum impune textul legal anterior reprodus (respectiv este favorizată/punctată angajarea de personal provenit din grupurile defavorizate/vulnerabile, respectiv absolvenți după anul 2020 și/sau persoană cu handicap și/sau persoană defavorizată și/sau refugiat Ucraina) și, pe de altă parte, este evidentă legătura cu contractul care urmează a fi atribuit, în sensul că personalul anterior menționat trebuie să aibă legătură cu contractul pentru care se depune ofertă.

Consiliul nu va putea reține susținerile contestatorului privind caracterul pretins restrictiv al factorului de atribuire având în vedere că algoritmul de calcul permite participarea la procedură indiferent dacă ofertantul deține sau nu personal angajat în ultimul an provenit din grupurile defavorizate/vulnerabile, acesta având posibilitatea să

compenseze lipsa punctajului la factorul de evaluare social prin punctaj obținut la alți factori de evaluare.

Pe de altă parte, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind factorul „*Proiect Mediu*” deoarece din analiza descrierii acestuia nu poate fi identificată vreo legătură cu proiectul care urmează a fi atribuit ci se referă doar la susținerea, în ultimul an, a unui proiect care a contribuit la protecția mediului pe teritoriul național, prin reducerea emisiilor de gaze cu efect de seră.

Prin urmare, contrar susținerilor autorității contractante din punctul de vedere, nu este îndeplinită condiția obligatorie și cumulativă prevăzută la art. 187 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, ca factorul aferent criteriului de atribuire să fie „(...) în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru (...)” ci doar prima condiție, respectiv ca factorul să includă „(...) aspecte (...) de mediu (...)”.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să oblige autoritatea contractantă la eliminarea factorului de atribuire „Proiect Mediu” urmând ca punctajul aferent acestuia să fie redistribuit celorlalți factori de atribuire cu respectarea prevederilor 32 alin. (9) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora „Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau

b) quantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv”.

Consiliul apreciază pe deplin justificate și urmează să admită criticile contestatorului de la punctul 2.5 referitoare la cerința de calificare privind experiența similară deoarece ambele aspecte criticate de SC ..... SRL sunt restrictive.

În acest sens, Consiliul reține că autoritatea contractantă a impus ca experiența similară să fi fost dobândită în ultimul an, încălcând astfel prevederile art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 care permite demonstrarea experienței similare printr-o „(...) listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani (...)”.

Mai mult, teza a doua din norma juridică anterior menționată permite autorităților contractante ca, pentru asigurarea unui nivel corespunzător al concurenței, să ia în considerare experiența similară dobândită în urmă cu mai mult de 5 ani, context în care limitarea la un singur an a perioadei în care să fi fost dobândită experiența similară apare drept nejustificată.

Totodată, Consiliul apreciază că extinderea perioadei în care să fi fost dobândită experiența similară la 5 ani (astfel cum solicită contestatorul) ar respecta și principiul proporționalității raportat la durata lucrărilor de execuție aferente contractului care urmează a fi atribuit prin

prezenta, respectiv 60 de luni conform informațiilor de la pag. 50 din caietul de sarcini.

Suplimentar, Consiliul reține că autoritatea contractantă a pretins operatorilor economici interesați să demonstreze experiența similară printr-un singur contract, încălcând astfel atât prevederile art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 care face referire la o „(...) listă a lucrărilor realizate (...)” cât și principiul proporționalității motivat de faptul că obiectul prezentului contract nu constă în execuția lucrărilor la un singur segment de drum astfel încât să fi fost relevantă experiența dobândită în

execuția unui singur contract, ci constă în executarea lucrărilor la cele 19 străzi enumerate în partea introductivă a caietului de sarcini.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind experiența similară iar, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la extinderea perioadei acceptată la 5 ani și la numărului de contracte în sensul dorit de contestator, respectiv demonstrarea experienței similare prin cumularea a maxim 4 contracte.

Critica 2.6 referitoare la solicitarea demonstrării dispunerii de 2 stații de preparare mixturi asfaltice urmează a fi admisă deoarece este disproporționată raportat la complexitatea contractului constând în asfaltarea a 12 km de drumuri locale și intervalul de timp de 5 ani în care se vor executa lucrările, fiind de natură să restricționeze în mod nejustificat accesul la procedura de atribuire deoarece, astfel cum susține în mod pertinent contestatorul, ar fi suficientă o singură stație de preparare mixturi asfaltice cu capacitatea de 80 tone/oră pentru prepararea întregii cantități de mixtură în doar câteva săptămâni.

În ceea ce privește critica 2.9 referitoare la art. 16.1 din modelul de contract, Consiliul reține că acesta are următorul conținut:

*„16.1. Suspendarea prin Ordin Administrativ al Beneficiarului*

*Antreprenorul, la primirea unui Ordin Administrativ de suspendare, va suspenda execuția Lucrărilor sau a unei părți din acestea, pe perioada sau perioadele și în modul specificate în notificare. Ordinul Administrativ va menționa cauza suspendării, precum și Partea responsabilă în conformitate cu prevederile Contractului. Suspendarea va intra în vigoare la data la care Antreprenorul primește Ordinul sau la o dată ulterioară dacă Ordinul prevede astfel. Dacă data reluării execuției nu este prevăzută în Ordinul Administrativ de suspendare, Beneficiarul va emite un nou Ordin Administrativ de reluare a execuției imediat după ce cauza suspendării a dispărut sau a fost remediată în mod rezonabil. Părțile se vor asigura că autorizația/autorizațiile de construire este/sunt în continuare valabilă/valabile”.*

Consiliul reține că textul articolului anterior menționat este similar cu cel al art. 38.1 din modelul condițiilor generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de execuție de lucrări aprobat prin HG nr. 1/2018 (indicat eronat de autoritate în punctul de vedere ca fiind Instrucțiunea ANAP 1/2018), având următorul conținut:

*„Suspendarea prin Ordin Administrativ al Supervizorului*

*Antreprenorul, la primirea unui Ordin Administrativ de suspendare, va suspenda execuția Lucrărilor sau a unei părți din acestea, pe perioada sau perioadele și în modul specificate în notificare. Ordinul Administrativ va menționa cauza suspendării, precum și Partea responsabilă în*

*conformitate cu prevederile Contractului. Suspendarea va intra în vigoare la data la care Antreprenorul primește Ordinul sau la o dată ulterioară dacă Ordinul prevede astfel. Dacă data reluării execuției nu este prevăzută în Ordinul Administrativ de suspendare, Supervizorul va emite un nou Ordin Administrativ de reluare a execuției imediat după ce, în opinia Supervizorului, cauza suspendării a dispărut sau a fost remediată în mod rezonabil. Antreprenorul va relua execuția Lucrărilor la data reluării execuției (dacă este menționată în Ordinul Administrativ de suspendare) sau în cel mai scurt timp rezonabil și, cu excepția cazului în*

*care Părțile stabilesc altfel, în cel mult 10 zile de la primirea unui Ordin Administrativ de reluare a execuției. Aplicând prevederile subclauzei 10.1, Părțile se vor asigura că autorizația/autorizațiile de construire sunt în continuare valabile”.*

Având în vedere faptul că prevederile HG nr. 1/2018 se aplică în cazul contractelor pentru execuția de lucrări din fonduri publice, conform art. 1 coroborat cu art. 3 alin. (1) din HG nr. 1/2018, Consiliul apreciază ca fiind nefondată critica contestatorului privind textul clauzei.

Cu toate acestea, Consiliul remarcă faptul că autoritatea contractantă a alterat sensul aplicării prevederilor art. 38.1 din anexa 1 la HG nr. 1/2018, mutând responsabilitatea emiterii ordinului administrativ din sarcina supervisorului (astfel cum este prevăzut de norma juridică anterior menționată) în sarcina beneficiarului (astfel cum se regăsește în modelul de contract din documentația de atribuire).

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită critica contestatorului de la punctul 2.9 strict în ceea ce privește titlul clauzei, urmând să oblige autoritatea contractantă la remedierea acestuia în sensul prevăzut de anexa HG nr. 1/2018.

În ceea ce privește criticile de la punctul 2.12, referitoare la clauza suspensivă, Consiliul reține că procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016 care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/24/UE au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice.

Numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care statuează regula conform căreia „*autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare*”.

De la această regulă, prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016 instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se situația neîndeplinirii condiției suspensivă.

Din interpretarea textelor legale mai sus indicate, Consiliul reține că autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se opțiunea anulării urmare a neîndeplinirii unei clauze suspensive.

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) teza a 2-a din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire „(..) *dacă este imposibilă încheierea contractului*” trebuie interpretată în contextul anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula

generală, survenită din motive independente de voința autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării.

Autoritatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia contractul în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Potrivit paragrafului 46 din hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-451/08 Herman Müller, *„Noțiunea de contract este esențială în cadrul definiției domeniului de aplicare al Directivei 2004/18. După cum se menționează în considerentul (2) al directivei amintite, aceasta are ca obiect aplicarea normelor de drept ale Uniunii în cazul atribuirii contractelor încheiate în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public”*.

Condiționarea încheierii contractului de achiziție publică prin stabilirea unei condiții suspensive generice, cum este identificarea sau obținerea finanțării, este susceptibilă să implice un grad semnificativ de subiectivitate a autorității contractante, care poate avea, prin acțiunea sau inacțiunea sa, un rol decisiv în finalizarea cu succes a procedurii de obținere a finanțării, în condițiile în care o astfel de procedură implică de regulă un număr mare de pași și documente care trebuie realizați sau întocmite de autoritatea contractantă. Or, o autoritate contractantă nu poate include într-o procedură de atribuire elemente care i-ar conferi un drept de alegere de a încheia sau nu contractul respectiv.

Potrivit paragrafului 37 din hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle, aplicarea dreptului unional de către autoritatea contractantă nu este opțională. Dacă scopul unic al organizării procedurii de atribuire este încheierea unui contract de achiziții publice, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face încheierea contractului dependentă de acțiuni sau omisiuni ale autorității contractante. În aceste condiții, o condiție suspensivă pentru încheierea contractului, redactată de o manieră foarte generală, prin raportare la o procedură complexă, care include mai multe etape în care acțiunile sau omisiunile autorității contractante pot influența rezultatul și astfel îndeplinirea condiției suspensive, echivalează cu conferirea unei opțiuni autorității contractante de a încheia sau nu contractul. Or, în termenii Directivei, care stabilește contractul drept scop unic al procedurii, neîncheierea

acestui poate fi cel mult rezultatul unei împrejurări independente de voința autorității contractante.

Mai mult, întrucât contractul de achiziție publică este prin definiție un contract cu titlu oneros, prin care autoritatea contractantă își asumă obligația de a plăti prețul pentru bunurile, lucrările sau serviciile pe care le dobândește prin contractul respectiv, existența și disponibilitatea fondurilor necesare pentru plata prețului reprezintă un element esențial al contractului. În conformitate cu prevederile în materia finanțelor publice, contractul, care este un angajament legal în termenii art. 4 alin.

(4) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, cu modificările și completările ulterioare (respectiv, pentru bugetele locale, art. 4 alin. (4), art. 42, art. 14 alin. (4) din Legea nr. 278/2006 privind finanțele publice locale, cu modificările și completările ulterioare) nu poate fi încheiat în absența creditelor de angajament și a creditelor bugetare aferente, incluse în bugetul autorității contractante.

Prevederile legislației din domeniul finanțelor publice care condiționează încheierea contractelor, ca angajamente legale, de existența fondurilor disponibile, deci a creditelor de angajament și a creditelor bugetare incluse în bugetul entității publice care își asumă obligația de plată (i.e. autoritatea contractantă), este o reflectare a art. 138 alin. (5) din Constituția României, potrivit căruia *„Nicio cheltuială bugetară nu poate fi aprobată fără stabilirea sursei de finanțare”*.

Deși bogata jurisprudență a CCR cu privire la această prevedere constituțională este concentrată pe analiza constituționalității actelor normative prin care sunt reglementate cheltuieli ce vor fi efectuate din bugetele publice, reflectarea sa în textele de principiu ale legilor finanțelor publice care impun verificarea disponibilității fondurilor, conform bugetelor publice, înainte de asumarea unor cheltuieli din aceste bugete este evidentă.

Astfel, potrivit paragrafului 58 din decizia Curții Constituționale nr. 22/2016, *„textul constituțional se referă la caracterul obiectiv și efectiv al sursei de finanțare și operează cu elemente de certitudine și previzibilitate bugetară, pentru că, în caz contrar, și-ar pierde rațiunea existenței sale normative și, în mod evident, ar exprima un truism, anume că orice cheltuială bugetară se suportă din bugetul de stat. De aceea, atribuirea unui atare înțeles textului constituțional analizat ar echivala cu lipsirea acestuia de valoarea normativă inherentă oricărei prevederi constituționale; or, actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat (legea trebuie interpretată în sensul producerii efectelor ei, și nu în sensul neaplicării ei). Așadar, art. 138 alin. (5) din Constituție nu se referă la existența în concreto a unor resurse financiare suficiente la momentul adoptării legii, ci la faptul ca **acea cheltuială să fie previzionată în deplină cunoștință de cauză în bugetul de stat pentru a putea fi acoperită în mod cert în cursul anului bugetar**”*.

În condițiile în care creditul de angajament stabilește o limită valorică a dreptului autorității contractante respective de a-și asuma obligații de plată ce intră în sfera creditului de angajament respectiv, contractul nu poate fi încheiat în absența creditului de angajament. Mai mult, imperativele de organizare și monitorizare a administrării fondurilor publice nu sunt compatibile cu existența, pe lângă

angajamentele legale „*certe*”, subsumate unor credite de angajament preexistente, a unor angajamente legale „*conditionate*”, a căror activare este incertă și dificil de monitorizat la nivel de ansamblu.

Potrivit prevederilor legale anterior menționate, finalitatea procedurii de atribuire constă în încheierea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă neavând dreptul să folosească în mod impropriu procedurile de atribuire doar în scopul consultării pieței, deoarece demersurile efectuate de către operatorii economici în vederea depunerii ofertelor implică costuri pe care aceștia se așteaptă să le

recupereze din derularea contractului pe care autoritatea contractantă are obligația conform art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 să îl încheie cu ofertantul desemnat câștigător.

Prin urmare, în situația în care dorea doar o simplă consultare a pieței, fără să-și asume obligația încheierii unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă avea posibilitatea să aplice prevederile art. 139 – 140 din Legea nr. 98/2016 și nu să utilizeze în mod impropriu procedura de atribuire, lipsind operatorii economici interesați de finalitatea așteptată, respectiv de contractul de achiziție publică.

Organizarea procedurii de atribuire implică costuri nu doar pentru operatorii economici ci și pentru autoritatea contractantă, cum ar fi salariile personalului propriu care a elaborat documentația de atribuire, costuri pentru procurarea serviciilor de consultanță, plata experților cooptați etc., toate aceste costuri trebuind să aibă, conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, finalitate concretă constând în achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială, rigori care nu sunt respectate în cadrul prezentei proceduri de atribuire deoarece ..... nu și-a asumat ca finalitate a procedurii obligația încheierii contractului de achiziție publică, în deplină cunoștință a incertitudinii sursei de finanțare pe care a înlocuit-o în mod nelegal cu o clauză suspensivă.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului de la punctul 2.12 iar, pe cale de consecință, va dispune remedierea documentației de atribuire prin eliminarea clauzei suspensive.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul, urmează să admită în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., în ceea ce privește criticile 2.1, 2.4, 2.5, 2.6, 2.9 și 2.12 din contestație iar, pe cale de consecință, va dispune remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge va rămase fără obiect criticile 2.2 (partea referitoare la numărul maxim de contracte), 2.6, 2.8, 2.10 și 2.11 și ca nefondate celelalte critici.

Având în vedere soluția pronunțată urmare a soluționării contestației formulară de SC ..... SRL, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către acesta,

în cuantum de 2.930,73 lei, reprezentând onorariu redactare și susținere contestație, conform facturii fiscale seria CAA nr. 942/08.05.2023 emisă de ....., avocat și achitate cu ordin de plată în data 30.05.2023.

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

### **DECIDE:**

Admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., în ceea ce privește criticile 2.1, 2.4, 2.5, 2.6, 2.9 și 2.12 din contestație iar, pe cale de consecință, dispune remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge va rămase fără obiect criticile 2.2 (partea referitoare la numărul maxim de contracte), 2.6, 2.8, 2.10 și 2.11 și ca nefondate celelalte critici.

Obligă autoritatea contractantă la plata sumei de 2.930,73 lei către contestator reprezentând cheltuieli de soluționare.

Obligatorie.

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

### **Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 23 (douăzecișitrei) pagini