



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 2389/C1/2568

Data: 22.12.2020

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 50719/18.11.2020, formulată de SC SA, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, cu sediul în localitatea, oraș, reprezentată prin avocat cu sediul ales pentru corespondență în împotriva documentației de atribuire emisă de către PRIMĂRIA COMUNEI, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, județul, aferentă procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: «Modernizare drumuri locale în comuna, județul»” Cod CPV: 45233120-6, s-a solicitat:

- în principal, anularea cerințelor criticate mai jos și obligarea autorității contractante la de atribuire în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată,

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016,

- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de acest demers.

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

SC SA critică documentația de atribuire aferentă procedurii organizată de PRIMĂRIA COMUNEI în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție:

«Modernizare drumuri locale în comuna, județul», susținând că aceasta conține cerințe vădit disproporționate în raport cu obiectul contractului, fapt care contravine reglementărilor legale în materie.

Astfel, SC SA aduce critici cu privire la fișa de date a achiziției, caietului de sarcini și clauzelor contractului.

Cu privire la fișa de date, contestatorul consideră că factorul de evaluare și cerințele minime stabilite pentru experții cheie utilizați ca factori de evaluare contravin prevederilor art. 187 alin. (3) și art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, art. 32 alin. (3), (4) și (8) din HG nr. 395/2016.

Astfel, potrivit prevederilor secțiunii II.2.5 din fișa de date, criteriul de atribuire al contractului este prevăzut ca fiind „Cel mai bun raport calitate – preț”. Fișa de date prevede un număr de 4 factori de evaluare:

- prețul ofertei (cu o pondere de 60%),
- experiența echipei de experți (cu o pondere de 25%),
- perioada de garanție a lucrărilor (cu o pondere de 10%),
- perioada de execuție a lucrărilor (cu o pondere de 5%).

SC SA susține că cel de-al doilea factor de evaluare, respectiv experiența echipei de experți, este nelegal întrucât explicația din fișa de date pentru acest factor contravine dispozițiilor art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, conform cărora organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului poate fi prevăzută ca factor de evaluare doar în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului. În susținere invocă atât prevederile art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016 cât și art. 10 din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017.

În opinia contestatorului, chiar dacă în obiectul contractului intră și prestarea de servicii de proiectare, acestea nu prezintă un „grad înalt de complexitate” astfel încât să justifice introducerea unui atare factor de evaluare.

Distinct de aceste aspecte, în caietul de sarcini, pag. 5 - 6, aceiași experți sunt menționați și cu titlu de cerință minimă, astfel:

„Cerințe minime stabilite pentru experții cheie utilizați ca factori de evaluare

1. Șef echipă proiectare

a) Să fie absolvent de studii superioare cu diplomă de licență în specializarea CFDP Căi ferate, drumuri și poduri (sau un document echivalent).

b) Să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Șef echipa proiectare și/sau Șef Proiect în contracte în cadrul cărora a coordonat activitatea de proiectare pentru drumuri expres și/sau drumuri naționale europene și/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare și/sau drumuri județene cu două benzi de circulație și/sau drumuri de interes local - drumuri comunale și străzi, construcție și/sau reabilitare și/sau modernizare autostrăzi. În vederea evaluării vor fi luate în considerare și Proiectele Tehnice elaborate în cadrul unor contracte de proiectare și execuție.

Principalele sarcini ale șefului echipei de proiectare în cadrul Contractului sunt:

a) să fie singura interfață cu autoritatea contractantă în ceea ce privește activitățile de proiectare;

b) să fie responsabil de gestionarea tehnică și operațională a activităților de proiectare, împreună cu aspectele organizaționale;

c) să contribuie cu experiența sa tehnică prin prezentarea de propuneri potrivite ori de câte ori este necesar pentru proiectarea corespunzătoare;

d) să gestioneze și să supravegheze toate activitățile specifice de proiectare;

e) să fie prezent în timpul tuturor activităților de analiză a progresului sau de stabilire a cerințelor;

f) să actualizeze toate documentațiile necesare;

g) să actualizeze calendarul de desfășurare a activităților;

h) să gestioneze implementarea planurilor de control al calității pentru toate lucrările de proiectare;

i) să fie responsabil de toate aspectele privind sănătatea și siguranța personalului din subordine;

j) să fie responsabil de aspectele de mediu specifice.

2. Inginer proiectant CFDP

a) să fie absolvent de studii superioare cu diplomă de licență în specializarea CFDP Căi ferate, drumuri și poduri (sau un document echivalent).

b) Să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de expert/specialist/proiectant CFDP în cadrul cărora a realizat activitatea de proiectare pentru drumuri expres și/sau drumuri naționale europene și/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare și/sau drumuri județene cu două benzi de circulație și/sau drumuri de

interes local - drumuri comunale și străzi, construcție și/sau reabilitare și/sau modernizare autostrăzi. În vederea evaluării vor fi luate în considerare și Proiectele Tehnice elaborate în cadrul unor contracte de proiectare și execuție.

Principalele sarcini ale expertului/specialistului CFDP în cadrul Contractului sunt: a) participă la elaborarea documentației tehnico-economice sub îndrumarea șefului de proiect

3. Inginer geodez

a) Să fie absolvent de studii superioare cu diplomă de licență în domeniul geodeziei (sau un document echivalent).

b) Să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de expert/specialist/inginer geodez în cadrul cărora a realizat activitatea de specialitate de inginer geodez pentru drumuri expres și/sau drumuri naționale europene și/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare și/sau drumuri județene cu două benzi de circulație și/sau drumuri de interes local - drumuri comunale și străzi, construcție și/sau reabilitare și/sau modernizare autostrăzi. În vederea evaluării vor fi luate în considerare și Proiectele Tehnice elaborate în cadrul unor contracte de proiectare și execuție.

Principalele sarcini ale inginerului geodez în cadrul Contractului sunt:

a) participă la elaborarea documentației tehnico-economice sub îndrumarea șefului de proiect prin efectuarea și/sau verificarea studiului geotehnic întocmit la etapa DALI cu situația din teren de la momentul elaborării documentației tehnico-economice în vederea realizării acesteia în concordanță cu situația reală.

3. Inginer topometrist

a) Să fie absolvent de studii superioare cu diplomă de licență în domeniul cadastrului (sau un document echivalent).

b) Să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de expert/specialist/inginer topometrist în cadrul cărora a realizat activitatea de specialitate de inginer topometrist pentru drumuri expres și/sau drumuri naționale europene și/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare și/sau drumuri județene cu două benzi de

circulație și/sau drumuri de interes local - drumuri comunale și străzi, construcție și/sau reabilitare și/sau modernizare autostrăzi. În vederea evaluării vor fi luate în considerare și Proiectele Tehnice elaborate în cadrul unor contracte de proiectare și execuție.

Principalele sarcini ale inginerului topometrist în cadrul Contractului sunt: a) participă la elaborarea documentației tehnico-economice sub îndrumarea șefului de proiect prin efectuarea și/sau verificarea studiului topografic întocmit la etapa DALI cu situația din teren de la momentul elaborării documentației tehnico-economice în vederea realizării acesteia în concordanță cu situația reală”.

SC SA susține că aceasta dublă prevedere încalcă în primul rând dispozițiile art. 32 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care prevede că autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract.

Totodată, subliniază faptul că aspectele prevăzute în caietul de sarcini sunt în contradicție cu prevederile care reglementează factorii de evaluare.

Astfel, la factorii de evaluare, pag. 2, din fișa de date, se menționează că se acorda 1/4 din punctajul maxim alocat dacă a fost implicat în 0-10 proiecte, cu alte cuvinte chiar dacă unul dintre experți nu are experiența (0 proiecte), se poate obține 1/4 din punctajul maxim, în timp ce la pag. 5-6 din caietul de sarcini se solicită pentru același personal participarea la minim 1 contract.

Prin urmare, consideră că prevederile fișei de date nu sunt corelate cu obiectul real al contractului și nici cu prevederile restului documentației de atribuire, solicitând anularea acestui factor de evaluare.

Referitor la cerințele celui de al patrulea factor de evaluare, perioada de execuție a lucrărilor, cu o pondere de 5%, SC SA precizează că la acest moment, obiectivul nu are finanțare, iar procedura se desfășoară sub condiția unei clauze suspensive.

Prin urmare, în condițiile în care lipsește finanțarea iar autoritatea contractantă este dispusă să aștepte 12 luni încheierea unui contract de finanțare, consideră că autoritatea contractantă impune un punctaj „artificial” pentru o diferență de perioadă de execuție nesemnificativă în comparație cu mențiunile clauzei suspensive.

Referitor la clauza suspensivă prevăzută la cap II.2.14 Informații suplimentare din fișa de date, SC SA susține că este nelegală.

La cap. II.2.13 Informații despre fondurile Uniunii Europene (pag. 3 din fișa de date) se menționează : „Achiziția se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: NU”.

Totodată, autoritatea contractantă angajând cheltuieli în anul 2020 pentru DALI, expertiza tehnică, precum și pentru servicii de organizare de

achiziții publice prin plata unui expert cooptat, reiese că obiectivul de investiții „Modernizare drumuri locale în comuna, județul” este cuprins în programul de investiții publice, iar în cazul de față conform prevederilor Legii nr. 500/2002, privind finanțele publice, finanțarea pentru acest obiectiv trebuia asigurată integral.

Astfel, inserarea unei clauze suspensive în fișa de date contravine dispozițiilor legale care impun autorităților să includă în programele de investiții doar acele proiecte pentru care se poate asigura finanțare.

În susținere invocă prevederile Ghidului de bune practici publicat de ADR SV Oltenia și circulara nr. 6050/07.08.2020 transmisă de Ministerul Fondurilor Europene.

Din modalitatea de formulare a clauzei suspensive, coroborat cu incertitudinea sursei de finanțare a contractului, clauza apare ca fiind o veritabilă condiție pur potestativă prin care autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul discreționar de a se dezice de contract în orice moment sub pretextul lipsei finanțării.

SC SA mai precizează că din fișa de date se constată că autoritatea contractantă are un expert cooptat, în persoana domnului Tancaba Andrei Horia, serviciile de organizare achiziții fiind atribuite către, conform anunț cumpărare directă DA26592352/15.10.2020.

Același expert cooptat și implicit aceeași firmă de consultanță a inițiat alte 5 proceduri, anunțuri de participare: SCN1078550/10.11.2020, SCN1078552/10.11.2020, SCN1078555/10.11.2020, SCN1078608/11.11.2020 ȘI SCN1078610/11.11.2020 tot în județul, din care una singură nu cuprinde clauza suspensivă, SCN 1078552/10.11.2020.

Mai mult decât atât, în patru dintre proceduri, respectiv în procedura ce face obiectul prezentei contestații și procedurile inițiate cu anunțurile SCN1078555/10.11.2020, SCN1078608/11.11.2020 și SCN1078610/11.11.2020) se poate constata că fișa de date conține aceeași eroare ce nu are nici o legătură cu procedurile în cauză, și anume se menționează „Comuna” drept autoritate contractantă, în cuprinsul clauzei suspensive de la pct. II.2.14.

SC SA consideră că oportunitatea organizării procedurii nu are legătură cu autoritățile contractante ci cu firma de consultanță. Toate cele 6 proceduri au ca termen de depunere a ofertelor data de 27.11.2020, acest termen fiind restrictiv pentru operatorii economici, care nu ar avea timp efectiv pentru depunerea în aceeași zi, la aceeași oră a 6 oferte, chiar dacă au experiență și dispun de toate resursele necesare execuției contractelor.

Contestatorul mai susține că cerințele în ceea ce privește oferta tehnică sunt cât se poate de complexe, având în vedere faptul că din toate documentele procedurii de achiziție, fișa de date, caiet de sarcini, DALI, expertiza tehnică reiese clar că obiectul contractului (drumuri locale) se încadrează într-o clasă tehnică inferioară (clasa tehnică V și categorie de importanță C) fiind evident faptul că prezentul contract prezintă un grad de complexitate redus.

Astfel, chiar dacă nici măcar nu se poate aproxima data la care vor începe lucrările (având în vedere clauza suspensivă), prin fișa de date (Cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice) se solicită: Grafic Gantt.

Planul de lucru cu adecvarea de resurse umane și materiale pe etape și subetaje (iar printr-o notă a fișei de date se specifică „prin etapa sau subetapa de proiect se înțelege articol de deviz”. Diagrama CPM

- Structura WBS

Diagrama PERT la nivel de zi (ziua 1=1, ...ziua n=n)

- Curba „S”.

Mai mult decât atât, se solicită ca „Ofertanții vor lua în considerare la întocmirea graficului Gantt toate fazele determinante precum și sărbătorile legale și condițiile de lucru pe timp friguros”.

SC SA consideră că ofertanții nu pot să respecte aceste solicitări și implicit autoritatea contractantă să analizeze ofertele, având în vedere că documentația de atribuire nu cuprinde nici o listă cu categorii de lucrări ce ar trebui ofertate. De altfel, nici nu ar putea fi comparate două oferte ce prezintă categorii de lucrări și implicit articole diferite.

Totodată, subliniază faptul că neștiindu-se data începerii lucrărilor, întocmirea graficului Gantt va fi anevoioasă întrucât nu va putea ține cont de sărbătorile legale.

Referitor la planul cu măsurile privind protecția mediului, se solicită: „Situția mediului în urma derulării contractului de lucrări trebuie evaluată prin cel puțin două teste: unul înainte de începerea lucrărilor, care să ateste starea mediului inițială și altul la finalizare, care să ateste starea mediului finală și să permită compararea între cele două momente, teste ce vor fi realizate de către firme autorizate în acest scop”.

Contestatorul precizează că nu se menționează despre ce autorizații este vorba, și nu înțelege rostul acestor teste, având în vedere că lucrările ce vor fi executate nu au un impact major asupra mediului, acest lucru

fiind menționat expres chiar în DALI pus la dispoziție de autoritatea contractantă, respectiv la pag. 53 din DALI.

În plus, atât pentru planul de mediu, planul de management al sănătății cât și pentru planul de management al traficului se solicită câte un angajament „de actualizare imediat după adjudecare”.

De asemenea, în fișa de date, pag. 8, se solicită: „Termenul total de prestare a serviciilor are în vedere inclusiv perioada pe care se va acorda asistența tehnică din partea proiectantului, în care se întocmește proiectul tehnic actualizat, cartea tehnică, pe parcursul execuției lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor și în perioada de garanție de bună execuție”.

Având în vedere că durata contractului este cea ofertată și poate fi maxim 20 luni - 2 luni proiectare și 18 luni execuție lucrări, SC SA nu înțelege cum s-ar putea ca termenul total pentru perioada de asistență tehnică să acopere și perioada de garanție de bună execuție, adică o perioadă de min. 36 luni, asistența tehnică făcând parte din obiectul contractului, astfel ca perioada în care se ofertează aceasta trebuie să fie maxim durata contractului, adică 20 luni.

SC SA mai atrage atenția și asupra faptului că prin fișa de date, cap. IV.4.1, pct. II, lit. b) se solicită proceduri tehnice de execuție ale principalelor categorii de lucrări, nominalizându-se și categoriile de lucrări. Se solicită astfel și prezentarea unor proceduri tehnice pentru categorii de lucrări care nu sunt prevăzute în DALI și anume: borne și parapet metalic.

Documentația publicată nu cuprinde liste cu categorii de lucrări ce urmează a fi cotate fapt ce contravine dispozițiilor art. 83 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În cazul propunerii tehnice, prin fișa de date, nota 3, pag. 10 se solicită: „Toate elementele propunerii tehnice trebuie să fie corelate și să includă toate activitățile și lucrările descrise în documentația de atribuire, inclusiv DALI”.

În DALI nu există o listă cu categoriile de lucrări, mai mult decât atât la pag. 29 din DALI se menționează:

„Dacă prin așternerea straturilor asfaltice drumul se înalță, se va acorda o atenție deosebită scurgerii apelor, adoptându-se soluții adecvate, astfel încât dispozitivele de scurgere să preia atât apele de suprafață, cât și apele din curțile învecinate drumului.

Dacă înălțarea drumului îngreunează fluiditatea scurgerii apelor, se va construi structura rutieră în casetă, păstrându-se linia roșie actuală a drumului și facilitând astfel scurgerea apelor de pe proprietățile adiacente”.

SC SA susține că față de aceste precizări, nu se pot stabili în mod obiectiv soluțiile „adecvate” și categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate de potențialii ofertanți.

Invocând art. 83 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, contestatorul consideră că documentația publicată nu cuprinde o listă cu lucrările ce ar trebui cotate de către potențialii ofertanți, fapt care împiedică, pe de o parte depunerea unei oferte în deplină cunoștință de cauză și, pe de altă parte, face dificilă, dacă nu imposibilă, evaluarea ofertelor atât sub aspect tehnic cât și sub aspect financiar.

Cu privire la caietul de sarcini, contestatorul consideră că termenul privind vizita amplasamentului din caietul de sarcini restricționează potențialii clienți.

Tot prin caietul de sarcini se impun „cerințe minime” pentru experții cheie și anume „să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de (...)” experți a căror experiență constituie factor de evaluare.

De asemenea în caietul de sarcini sunt reluate cerințele din fișa de date cu privire la diagrame : Gantt, CPM, PERT, curba „S”, etc, precum și niște note, ce sintetizează anumite cerințe.

Consideră că cel puțin una dintre aceste note și anume Nota 2, pag. 11), poate fi oricând interpretată, putând constitui pe parcursul evaluării un avantaj, respectiv dezavantaj pentru unul sau altul dintre eventualii ofertanți:

„Orice ofertă care cuprinde informații sumare, incomplete sau neaplicabile la proiectul în cauză va fi declarată neconformă. Informații sumare, incomplete sau neaplicabile sunt considerate informațiile cărora le lipsesc notele explicative și care au doar un caracter enunțiativ și/sau enumerativ, fără referință la proiectul propus, dar în conformitate cu legislația în vigoare”.

Referitor la clauzele contractului ce urmează a fi încheiat, SC SA susține că autoritatea a inserat o serie de clauze vădit nelegale care se impun a fi eliminate.

Fișa de date cuprinde o clauză suspensivă în care se menționează că autoritatea contractantă „va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate”, însă totodată se regăsește în contract art. 13.7, ce cuprinde aceeași clauză suspensivă.

Prin adresa nr. 1907/19.11.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 51004/19.11.2020, contestatorul depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206656834/1, tranzacția nr. 1029861806/1808190998 din data de 18.11.2020, constituită de SC SA, pe seama și la dispoziția Consiliului, pentru soluționarea dosarului nr. 2568/2020.

Prin adresa nr. 4605/24.11.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 51969/25.11.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație solicitând respingerea parțială pe fond a contestației, cu menținerea factorului de evaluare al experienței echipei de experți, fiind în opinia sa unul legal, urmând să adopte măsurile de remediere necesare referitoare la erorile materiale constate, ce vor fi duse la îndeplinire prin emiterea unei erate și/sau clarificări din oficiu acolo unde erata nu este posibilă și prelungirea perioadei de depunere a ofertelor.

Astfel, în privința criticii aduse factorului de evaluare „experiența echipei de experți”, căreia i-a alocat un procent de 25% și un număr ridicat de participări în contracte ce au avut obiect prestarea de servicii similare, ca și importanță în cadrul criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate-preț, autoritatea contractantă susține că este unul cat se poate de legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare.

Prin acest criteriu, deși se solicită ca echipa de proiectare să fie compusă din minim 5 membri, specialiști în domeniul CFDP, geodeziei și topografiei, criteriu pe care ofertantul îl consideră nelegal, acesta este în opinia sa în deplină concordanță cu prevederile instrucțiunii nr. 1/2017 emisă de ANAP și cu realitatea din domeniul proiectării și construcției de drumuri.

Susține că prin alegerea acestui factor de evaluare, a urmărit ca elaboratorul documentației tehnico-economice să fie unul capabil, care a realizat în trecut un număr suficient de mare de proiecte similare și care va putea să livreze o documentație corectă, care să poate fi ușor transpusă în operă, fără a suferi modificări substanțiale de la faza de documentație la faza de execuție, sau în timpul execuției.

Prin stabilirea ca și clase în funcție de care se acorde punctajul a unui număr de trei situații în funcție de care se va acorda pontajul/expert respectiv:

„a) pentru experiența constând în implicarea între 0-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

b) pentru experiența constând în implicarea între 11-20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/2 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

c) pentru experiența constând în implicarea în peste 20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă punctajul maxim alocat expertului respectiv”.

Potrivit autorității contractante, alegerea ca și experți minim solicitați și cu o experiență vastă, a unui șef de proiect inginer CFDP, a doi ingineri proiectând CFDP și a unui inginer geodez și unul topometrist, este una logică și în concordanță cu prevederile legale evidențiate de către contestator, respectiv art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Alegerea acestor specialiști minim solicitați precum și numărul de peste 20 de proiecte similare în cadrul cărora au prestat servicii similare, justifică impactul semnificativ și calitativ pe care îi au aceștia în economia proiectului, pentru că un proiect elaborat bine de la început și de o echipă ce deține o experiență cât mai mare în domeniu, are șanse reale de a fi dus la îndeplinire într-un timp mai scurt și cu costuri suplimentare generate minime, justificând de fapt întregul criteriu de evaluare, cel mai bun raport calitate-preț.

În situația în care contestatorul consideră că această lucrare nu prezintă un grad înalt de complexitate, autoritatea contractantă nu înțelege impedimentul care i-ar fi impus acestuia printr-un astfel de criteriu, pe care cu siguranța îi va putea îndeplini la nivelul sau maxim, pentru a beneficia de cele 25 de puncte acordate factorului de evaluare.

De asemenea pentru acești experți, prin caietul de sarcini, s-a solicitat ca cerința minimă, un nivel de calificare și de prezență în cadrul unor contracte similare.

Autoritatea contractantă susține că dintr-o eroare de tehnoredactare, la nivelul fișei de date, la lit. a) în loc de „a) pentru experiența constând în implicarea între 1-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv; autoritatea contractantă a menționat „a) pentru experiența constând în implicarea între 0-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv, aspect ce putea fi cu ușurință constatat de ofertanți care puteau solicita clarificări pe perioada depunerii ofertelor, aspect ce ar fi fost corect și remediat prin cadrul unei erate, astfel prevederea minimă din caietul de sarcini să fie în concordanță cu cea din factorul de evaluare din fișa de date a achiziției.

Autoritatea contractantă precizează că va adopta în acest sens în măsura în care se va impune, îndreptarea erorii materiale după definitivarea procedurii de contestație.

Referitor la critica „această dublă prevedere încalcă în primul rând dispozițiile art. 32 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care prevede că autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract”, susține că nu poate fi catalogată decât o neînțelegere a nivelului minim de calificare solicitat. Astfel prin caietul de sarcini s-a menționat faptul că pentru a putea fi considerați și luați în calcul în cadrul factorului de evaluare, experții indicați prin fișa de date trebuie să îndeplinească niște cerințe minime de calificare și experiență similară, respectiv să dețină calificarea profesională fără de care nu își pot desfășura activitatea, și să fi participat în cadrul a minimum 1 contract similar în poziția pentru care a fost desemnat și deține calificarea și pentru prezenta procedură.

Susține că nu se poate considera menționarea acestora ca o dublă prevedere sau dublă cerință, mențiunile din caietul de sarcini venind în completarea și validarea celor din fișa de date a achiziției, pentru ca ofertanții să nu se afle în situația în care deși prezintă experți, aceștia să nu poată fi luați în calcul în cadrul factorului de evaluare.

În privința criticii aduse asupra factorului al patrulea de evaluare, respectiv perioada de execuție a lucrărilor, autoritatea contractantă precizează că nu există nici o legătură între durata de execuție pe care un ofertant o va declara, cu faptul că la momentul actual obiectivul de investiție nu are în totalitate asigurată finanțare. Invocând lipsa unui argument real, concret, solicită respingerea acestui capăt de cerere.

Autoritatea contractantă precizează că indicarea clauzei suspensive, are rolul de a informa potențialii ofertanți, despre faptul că la momentul publicării pe SICAP a procedurii, investiția nu beneficiază de o finanțare totală, aceasta urmând a fi obținută în viitorul apropiat, nefiind una

ipotetică, pentru ca în cazul în care ar fi efectuat verificări suplimentare, cum de altfel a și făcut dar cu referire la detalii ce nu țin de procedura în cauza (respectiv calitatea expertului cooptat și numărul de proceduri în care acesta participă), ar fi observat cu ușurință că prezenta procedură are la baza includerea deja pe lista sinteza de finanțare, de la nivelul Companiei National de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean. Deci referitor la finanțare, aceasta se va realiza în viitorul apropiat, deja fiind inclus în strategia de dezvoltare a CNI. Mai mult decât atât, în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală de unde deduce că legalitatea publicării anunțului de participare simplificat ar fi una veridică. Clauza suspensivă ca și scop, are rolul de a accelera de fapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind de fapt unul ce ar fi trebuit a fi făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o buna conduita a autorității contractante, care la momentul semnării contractului de finanțare va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică, sau va fi aproape de finalizarea ei, practic câștigându-se timp în implementarea proiectului, acesta urmând a fi unul de actualitate la momentul implementării lui și cu o încadrare cât mai reală în costurile estimate și valoarea finanțată. În cazul în care dacă s-ar aștepta încă 12 luni spre exemplu pentru a se semna finanțarea, urmate de alte luni pentru parcurgerea procedurii de atribuire, nu ar fi decât în detrimentul atât al constructorului cât și al beneficiarului, prin prisma costurilor suplimentare ce vor surveni pe această perioadă.

Referitor la cerința privind întocmirea graficului Gantt, susține că societatea contestatoare nu indică efectiv critica adusa modalității prin care această întocmire a fost solicitată, respectiv de ce nu ar putea elabora un astfel de grafic și anexele lui.

În opinia autorității contractante, contestatorul se rezuma doar la a asocia categoria de importanță a lucrării cu modalitatea de întocmire a graficului. Autoritatea contractantă consideră că nu are nici o relevanță categoria de importanță a lucrării, cu elaborarea unui grafic de execuție care să se încadreze în durata prevăzută la nivelul DALI, și de complexitatea solicitată, ci ofertantul doar inventează motive de contestație.

Referitor la critica adusă unei cerințe din Planul cu măsurile privind protecția mediului, autoritatea contractantă consideră critica adusă ca fiind exagerată, aceasta cu ușurință putând fi tranșată pe calea unei solicitări de clarificări privind documentația de atribuire, nefiind imperios necesar a constitui motiv de contestație.

Susține că, având în vedere situația delicată a mediului, nu dorește decât ca pe perioada execuției lucrărilor, constructorii să respecte întocmai cerințele impuse de autoritățile în domeniu, respectare ce se va

putea observa cu ușurință prin testele de mediu ce ar putea fi realizate la începerea lucrărilor și la finalul acestora, prin care să se confirme de personal autorizat că acestea reglementari au fost respectate și nu au fost constatate abateri, iar dacă au fost să se constate măsurile de remediere.

În ceea ce privește critica adusă necesității prezentării la momentul ofertării a unor angajamente de actualizare a planului de mediu, management al sănătății și al traficului, autoritatea contractantă susține că aceste angajamente își au originea în clauza suspensivă a procedurii. Astfel că la momentul începerii efective a lucrărilor, situația din teren poate fi una diferită față de cea asumată la momentul ofertării prin planurile prezentate, ofertanții trebuind în cazul în care condițiile de mediu, sociale și de amplasament au suferit modificări, să își actualizeze propriile planuri de mediu, trafic și SSM asumate, cu noua situație, pentru a se respecta întocmai legislația și nivelul de calitate impus lucrării, nivel asumat la momentul ofertării.

Referitor la critica cu privire la prezentarea unor categorii de lucrări ce nu sunt prevăzută în DALI, și anume borne și parapet metalic, autoritatea contractanta precizează faptul că la faza PTh, pot surveni modificări ale soluției DALI, în funcție de situația din teren de la momentul elaborării documentației tehnice finale, la faza DALI această documentație fiind una în ton cu realitatea dar care pe parcursul timpului se poate modifica. Ori prin prezentarea unor proceduri tehnice uzuale, parapetii metalici regăsindu-se ca și element component, în cadrul multor drumuri locale, naționale, județene etc, ofertanții vor învedera autorității contractante ca în cazul în care se impune la momentul elaborării proiectului tehnic utilizarea acestora, aceștia vor fi capabili să îi și execute, asumându-și o procedură tehnică de execuție.

Referitor la critica privind faptul că documentația publicată nu cuprinde liste cu categorii de lucrări ce urmează a fi cotate, autoritatea contractantă precizează că în cadrul documentației de atribuire, au fost prezentate atât piese scrise cât și piese desenate, piese ce cuprind în totalitate toate străzile supuse modernizării, piese ce conțin descrierea categoriilor de lucrări ce vor fi cotate, piese ce se coroborează cu

descrierea soluției tehnice de la nivelul DALI și al expertizei. Mai mult decât atât, ofertanților li s-a atașat în cadrul documentației un grafic de preț și un grafic de plăți, pe baza cărora își vor forma oferta financiară, la acest moment neputând a se solicita întocmirea ofertei financiare pe baza unor liste de cantități predefinite, prin simplul fapt că la nivelul DALI se face o estimare tehnico-economică a lucrărilor ce urmează a fi executate, estimare ce are rol în stabilirea de fapt a valorii estimate.

În graficele mai sus menționate, ofertanților li s-a indicat expres fiecare categorie de lucrări ce urmează a fi efectuată, la nivelul fiecărei străzi, însă cantitățile efective de lucrări vor fi elaborate la nivelul PTh. Astfel că ofertanții își vor crea propriile liste de cantități pe baza categoriilor de lucrări prezentate în graficul de preț și graficul de prețuri, formulare componente ale documentației de atribuire. La acest moment este excesiv a se solicita liste de cantități de lucrări pe care ofertanții să le respecte la nivelul PT și de care să fie ținuti prin asumarea lor în cadrul procedurii de atribuire. Aceștia vor fi ținuti a respecta strict încadrările valorice pe fiecare din categoriile de lucrări ce urmează a fi de fapt cotate la momentul elaborării PTh, încadrări pe care singuri trebuie să le determine pe baza documentației scrise și desenate.

Referitor la criticile aduse caietului de sarcini cu privire la termenul de anunțare al vizitei, autoritatea contractantă susține că aceasta vizită trebuie anunțată cu 2 zile înainte, fiind un lucru benefic ambelor părți, pentru ca atât autoritatea contractantă cât și potențialul ofertant să își poată rezerva timpul necesar, pentru onorarea solicitării.

În privința neconcordanței cum corect contestatorul o consideră referitoare la termenul de execuție, autoritatea contractantă precizează ca aceasta este o eroare materială, ce se va remedia printr-o erată.

Prin adresa nr. 2013/03.12.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 55712/16.12.2020, contestatorul depune dovada cheltuielilor de judecată.

Ulterior, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 55862/16.12.2020, contestatorul depune concluzii scrise.

Precizează că pe rolul CNSC are înregistrate 9 contestații formulate împotriva unor documentații de atribuire ale unor proceduri inițiate de autorități contractante din județul, iar sub aspectul conținutului, documentațiile de atribuire contestate sunt cvasi identice, și în temeiul Legii nr. 544/2001 a formulat cereri adresate autorităților contractante prin care a solicitat să i se furnizeze următoarele informații:

- identitatea persoanei/persoanelor care asigură consultanță în domeniul achizițiilor publice în cadrul procedurii de atribuire,
- calitatea în care aceste persoane participă la procedura de atribuire, respectiv dacă au fost cooptați ca experți cu atribuții în elaborarea documentației și/sau în evaluarea ofertelor,
- atribuțiile concrete ale consultantului/consultanților/expertilor cooptați în desfășurarea procedurii de atribuire,

- să i se pună la dispoziție contractul/contractele încheiate cu consultantul (ii) /expertul(ii)cooptat(i).

Până în prezent a primit răspunsuri de la următoarele autorități contractante: Comuna Racovițeni, Comuna, Comuna Calvinii, Comuna Amaru și Comuna Râmnicelu.

Contestatorul susține că răspunsurile sunt identice, în cadrul lor arătându-se următoarele:

Pentru procedurile de atribuire autoritățile contractante au încheiat contracte de consultanță cu societatea L prin domnul Calitatea domnului este de expert cooptat cu atribuții în consilierea privind întocmirea și verificarea documentației de atribuire și în evaluarea ofertelor conform certificărilor deținute de către acesta.

Conform contractului semnat, respectiv art. 4.1 alin. (2) - (4) societatea mai sus menționată a fost contractată pentru consultarea privind întocmirea și verificarea documentației de atribuire, verificarea documentelor de calificare, tehnice și financiare; propunerea solicitărilor de clarificări privind oferta/ofertele depuse dacă este cazul; Servicii de consultanță privind transmiterea comunicărilor privind rezultatul etapelor de evaluare și a comunicărilor privind rezultatul procedurii; în cazul în care anumiți operatori economici vor transmite contestații la procedura, la cerere, expertul cooptat poate participa sau ajuta departamentul juridic din cadrul autorității contractante la întocmirea punctului de vedere pentru notificarea de contestare și a punctului de vedere în caz de formulare a contestației către CNSC.

Trecând peste faptul că același expert cooptat este implicat în derularea fiecăreia dintre procedurile de atribuire contestate, atribuțiile expertului cooptat se extind de la elaborarea documentației, evaluarea ofertelor și chiar redactarea punctelor de vedere față de eventualele contestații. Mai mult, cel mai probabil însăși adresele de răspuns la cererile de acces la informații au fost redactate de expertul cooptat, din moment ce acestea sunt identice pentru toate procedurile.

Chiar dacă participarea unei persoane în calitate de expert cooptat în mai multe proceduri nu este interzisă de lege, consideră că, pentru

situația particulară a procedurilor ce fac obiectul contestațiilor formulate, conținutul documentațiilor de atribuire respectiv prevederile nelegale din cuprinsul acestora (care în buna măsură sunt aceleași în cadrul fiecăreia dintre proceduri) se pot explica prin faptul că redactarea documentațiilor a fost realizată cu participarea aceluiași expert cooptat.

Totodată, precizează că prima contestație formulată împotriva unei astfel de documentații a fost deja soluționată prin Decizia CNSC nr. 2287/C3/2472,2478/10.12.2020 soluția fiind de admitere a contestației și de anulare a procedurii de atribuire. Dintre criticile formulate și care se regăsesc și în prezenta contestație, CNSC s-a pronunțat asupra legalității condiției suspensive sub care a fost inițiată procedura de atribuire.

Având în vedere susținerile autorității contractante din punctul de vedere cu privire la includerea acestui obiectiv pe lista sinteza a CNI, contestatorul precizează că Ordonanța nr. 25/26.07.2001, privind înființarea Companiei Naționale de Investiții CNI - SA, cuprinde în anexa 3, Programul național de construcții de interes public sau social; subprogramul „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean” fiind menționat la art. 2 alin. (1) lit. k) din aceasta anexă.

Pentru aceste proceduri, art. 9 al Anexei 3 din Ordonanța nr. 25/2001 menționează: „Compania Națională de Investiții „CNI” - SA derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”.

Prin urmare, consideră că se impune anularea procedurii întrucât, chiar dacă obiectivul de investiții va avea finanțare, procedura de achiziție va fi derulată de CNI și nu prin autoritatea locală, edificatoare în acest sens fiind prevederile Ordonanței nr. 25/2001, și anume prevederile Anexei 3- Programul național de construcții de interes public sau social și anume:

Art. 4. - (1) Amplasamentele destinate construcțiilor care se realizează în cadrul subprogramelor se predau de către beneficiari pe perioada realizării investitei, pe bază de protocol libere de orice sarcini, Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, care va realiza prin Compania Națională de Investiții CNI-SA.

Art. 7 - (1) Pentru obiectivele de investiții propuse a fi finanțate în cadrul programului, beneficiarii predau amplasamentele conform protocolului prevăzut în anexa nr. 32. Acestea sunt preluate pe durata de realizare a Investiției după aprobarea listei obiectivelor de investiții de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și obținerea surselor de finanțare, în condițiile legii.

Art. 9. - Compania Națională de Investiții CNI - SA. derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări de servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

Prin adresa nr. 4934/17.12.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 56184/17.12.2020, autoritatea contractantă completează dosarul achiziției cu dovada includerii achiziției pe lista sinteză de finanțare a

Companiei Naționale de Investiții SA în cadrul Subprogramului Drumuri de Interes Local și Județean.

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

PRIMĂRIA COMUNEI, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: «Modernizare drumuri locale în comuna, județul»” Cod CPV: 45233120-6, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. SCN1078606/11.11.2020, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 24.836.962,56 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 SA este nemulțumit de prevederile documentației de atribuire, despre care susține că nu ar respecta prevederile legale.

Analizând, pentru început, criticile contestatorului privind clauza suspensivă, Consiliul reține că, la secțiunea „II.2.14 Informații suplimentare” din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[SCN1078606/00003] FisaDate_DF1100066.pdf” intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

„Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, Comuna Jurilovca în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale

necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”.

Totodată, Consiliul reține că, la secțiunea II.2.13 din fișa de date, autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Prin punctul de vedere nr. 4605/24.11.2020 înregistrat la CNSC sub nr. 52574/27.11.2020, autoritatea contractantă a precizat că „(...) prezenta procedură are la bază includerea deja pe lista sinteză de finanțare, de la nivelul Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean. Deci, referitor la finanțare, aceasta se va realiza în viitorul apropiat, deja fiind inclus în strategia de dezvoltare a CNI. Mai mult decât atât, în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală, legalitatea publicării anunțului de participare simplificat fiind una veridică. Clauza suspensivă ca și scop, are rolul de a accelera de fapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind de fapt unul ce ar fi trebuit a fi făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractate, care la momentul semnării contractului de finanțare va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică sau va fi aproape de finalizarea ei, practic câștigându-se timp în implementarea proiectului (...). În cazul în care s-ar aștepta încă 12 luni spre exemplu pentru a se semna finanțarea, urmate de încă alte luni pentru parcurgerea procedurii de atribuire, nu ar fi decât în detrimentul atât al constructorului cât și al beneficiarului, prin prisma costurilor suplimentare ce vor surveni pe această perioadă”.

Având în vedere aspectele anterior menționate, potrivit cărora sursa de finanțare a lucrărilor care ar urma să fie executate în cadrul prezentei proceduri de atribuire ar fi Subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean derulat de către Compania Națională de Investiții (prescurtat CNI), Consiliul va reține că, potrivit art. 1 din Ordonanța nr. 25/2001, Compania Națională de Investiții S.A. este o societate comercială pe acțiuni, sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

Potrivit art. 5 din Statutul Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. publicat în anexa nr. 2 la Ordonanța nr. 25/2001, scopul CNI este

realizarea de construcții de interes public, pe terenuri proprietate publică sau privată a statului ori a autorităților publice locale, precum și pe terenuri proprietate privată puse la dispoziție de persoane fizice și/sau juridice.

Modalitatea în care își desfășoară activitatea Compania Națională de Investiții în vederea atingerii scopului anterior reprodus este stabilită la art. 6 „obiectul de activitate” din anexa nr. 2 la Ordonanța nr. 25/2001, relevante în soluționarea contestației care face obiectul prezentei fiind prevederile art. 6 alin. (2)-(5), respectiv:

„(2) Construcțiile se realizează pe terenuri proprietate publică sau privată a statului, a autorităților publice locale sau pe terenuri proprietate privată puse la dispoziție de persoane fizice și/sau juridice.

(3) Realizarea de construcții se face de CNI, respectând procedura de achiziții publice, în condițiile legii.

(4) Recepția lucrărilor se face de personalul CNI împreună cu beneficiarul.

(5) Predarea obiectivului de investiții realizat se face prin protocol către beneficiarul investiției sau prin protocol cu titlu gratuit către administrația publică locală”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că obligația respectării legislației din domeniul achizițiilor publice în cazul realizării construcțiilor/investițiilor prin CNI aparține Compania Națională de Investiții SA, aceasta fiind obligată potrivit prevederilor legale anterior menționate să deruleze procedurile de atribuire în vederea încheierii contractelor de proiectare și/sau execuție lucrări.

În ceea ce privește sintagma „Subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean” menționată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, Consiliul reține următoarele aspecte:

- potrivit art. 5 alin. (1) din Ordonanța nr. 25/2001, „CNI realizează programe de investiții în cadrul «Programului național de construcții de interes public sau social», prevăzut în **anexa nr. 3**, care face parte integrantă din prezenta ordonanță, precum și programe proprii de investiții”.

- programului național de construcții de interes public sau social este descris la art. 1 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 astfel *„Programul național de construcții de interes public sau social, denumit în continuare program, se realizează de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, prin Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A., societate pe acțiuni aflată sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, potrivit obiectului său de activitate și cu atribuțiile stabilite conform prevederilor legale în vigoare. Realizarea obiectivelor de investiții de natura celor care se execută în cadrul Programului național de construcții de interes public sau social este facultativă”*;

- la art. 2 alin. (1) din Anexa nr. 3 anterior menționată se regăsește o defalcare a Programul național de construcții de interes public sau social în subprograme;

- prin OUG nr. 95/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 25/2001 privind înființarea Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. a fost introdus la lit. k) din art. 2 alin. (1) din Anexa nr. 3 un nou subprogram intitulat *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”*.

Modalitatea de derulare a Programului național de construcții de interes public sau social și, implicit, a subprogramului intitulat *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”*, indicat de către autoritatea contractantă drept dovadă a finanțării prezentei proceduri de atribuire, se regăsește sub formă de rezumat în cadrul art. 4 alin. (1) din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, potrivit căruia *„Amplasamentele destinate construcțiilor care se realizează în cadrul subprogramelor se predau de către beneficiari pe perioada realizării investiției, pe bază de protocol, libere de orice sarcini, Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, care va realiza investiția prin Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A.”*.

Drepturile și obligațiile fiecăreia dintre părți (beneficiar, CNI, minister) sunt detaliate în cadrul capitolului II *„Promovarea investițiilor”* și a capitolului III *„Derularea finanțării și realizării investițiilor”* din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, care prevăd următoarele aspecte:

- art. 5: *„La solicitarea beneficiarilor și în baza documentațiilor de solicitare motivate transmise de aceștia, Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. întocmește pentru fiecare subprogram în parte lista-sinteză a obiectivelor propuse a fi finanțate, potrivit prevederilor anexei nr. 3¹, și o transmite Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru a fi aprobată prin ordin al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice. Lista-sinteză astfel aprobată este documentul care stă la baza întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare”*;

- art. 6: „Obiectivele de investiții prevăzute la art. 5 sunt preluate și cuprinse în lista de investiții a Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. după aprobarea indicatorilor tehnico-economici, conform legislației în vigoare”;
- art. 7 alin. (1): „Pentru obiectivele de investiții propuse a fi finanțate în cadrul programului, beneficiarii predau amplasamentele conform protocolului prevăzut în anexa nr. 3². Acestea sunt preluate pe durata de realizare a investiției, după aprobarea listei obiectivelor de investiții de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și obținerea surselor de finanțare, în condițiile legii”;
- art. 9: „Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări de servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”;
- art. 11 alin. (1): „Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. asigură urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, recepția la terminarea lucrărilor, conform graficului anexă la contractul de execuție de lucrări, și punerea în funcțiune a obiectivelor de investiții și participă împreună cu reprezentanții beneficiarilor la recepția finală la expirarea perioadei de garanție”;
- art. 12: „După efectuarea recepției, la terminarea lucrărilor, Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A., prin Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, va preda cu titlu gratuit beneficiarului, pe bază de protocol, conform modelului din anexa nr. 3³, amplasamentul împreună cu obiectivul de investiții realizat, cu respectarea prevederilor legale în vigoare”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că rolul PRIMĂRIEI COMUNEI în implementarea investiției prin subprogramul „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean” nu include activitatea de derulare a procedurilor de achiziție publică deoarece potrivit art. 9 anterior citat, această activitate este atributul exclusiv al CNI.

Conform art. 7 alin. (1) și art. 12 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, în eventualitatea obținerea calității de beneficiar al subprogramului „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”, PRIMĂRIA COMUNA are obligația să predea către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice amplasamentul investiției, urmând ca înapoierea acestuia să se facă de către CNI, prin minister, după efectuarea recepției la terminarea lucrărilor. Toate celelalte etape aferente execuției investiției cum ar fi organizarea procedurilor de atribuire, urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, confirmarea lucrărilor care urmează a fi decontate, recepția la terminarea lucrărilor etc. sunt atributul Companiei Naționale de Investiții „CNI” – SA conform prevederilor art. 11 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține că, ignorând în totalitate etapele de derulare a Programului național de construcții de interes public sau social și, în special, prevederile art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 care pun exclusiv în sarcina Companiei Naționale de Investiții „CNI” SA activitatea de derulare a procedurilor de atribuire, PRIMĂRIA COMUNEI a organizat prezenta procedură de atribuire fără să identifice concret vreo sursă de finanțare a respectivului contract de proiectare și execuție și fără ca această procedură să fie necesară în vederea executării prin CNI.

Consiliul reține că eventualul contract care ar fi încheiat de către PRIMĂRIA COMUNEI cu un operator economic în urma finalizării procedurii de atribuire nu poate face obiectul finanțării prin Programul național de construcții de interes public sau social definit în Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 deoarece condiția executării obiectivelor finanțate prin Programul național de construcții de interes public sau social este legată indisolubil de calitatea de autoritate contractantă a Companiei Naționale de Investiții SA dobândită prin exercitarea de către aceasta din urmă a atribuțiilor în calitate de autoritate contractantă conform prevederilor art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 anterior citate.

Contrar opiniei autorității contractante, Consiliul reține că prevederile legale anterior menționate nu conferă Companiei Naționale de Investiții „CNI” SA calitatea de instituție financiară finanțatoare a contractelor atribuite de către autoritățile administrației publice locale deoarece rolul/ scopul CNI precizat la art. 5 din statut constă în realizarea de construcții de interes public pe terenurile puse la dispoziție de respectivele autorități, ceea ce implică derularea în cadrul CNI a tuturor activităților necesare executării investiției inclusiv organizarea procedurilor de atribuire.

Prin urmare, procedura organizată de PRIMĂRIA COMUNEI este lipsită de orice relevanță în ceea ce privește finanțarea contractului de lucrări prin Programul național de construcții de interes public sau social deoarece calitatea de autoritate contractantă a PRIMĂRIEI

COMUNEI este incompatibilă cu atribuțiile și etapele de derulare a investiției de către Compania Națională de Investiții SA, prevăzute la cap. II și III din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

Faptul că PRIMĂRIA COMUNEI se află pe lista sinteză (aspect invocat de către aceasta în punctul de vedere) nu constituie în sine dovadă a existenței finanțării deoarece prevederile art. 5 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 stabilesc faptul că lista sinteză este doar o centralizare în cadrul CNI a solicitărilor beneficiarilor care urmează a fi transmisă către Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru analiză și aprobarea prin ordin de ministru în vederea întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare. Din acest punct de vedere, lista sinteză în forma prezentată de către PRIMĂRIA COMUNA în anexa corespondenței nr. 4934/17.12.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 56184/17.12.2020 poate fi considerată cel mult dovadă de înregistrare a solicitării.

Acest aspect rezultă și din bugetul menționat pe pagina internet din captura de ecran prezentată de autoritatea contractantă PRIMĂRIA COMUNA, în care se menționează în dreptul proiectului „buget 0,00 lei”.

Potrivit prevederilor art. 43 alin. (9) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice se instituie regula conform căreia *„În programul de investiții publice vor fi introduse **doar acele obiective/proiecte sau categorii de investiții noi a căror finanțare poate fi asigurată integral**, conform documentațiilor tehnico-economice aprobate, în limitele de cheltuieli stabilite potrivit cadrului de cheltuieli pe termen mediu și/sau strategiei fiscal-bugetare aprobate potrivit Legii nr. 69/2010, cu excepția obiectivelor/proiectelor sau categoriilor de investiții a căror finanțare este asigurată din fonduri externe nerambursabile, precum și din fonduri externe rambursabile”*.

Din interpretarea normei juridice anterior menționată, Consiliul reține că PRIMĂRIA COMUNEI avea dreptul să includă în programul de investiții publice și implicit să inițieze procedura pentru modernizarea

drumurilor locale numai dacă putea să asigure integral finanțarea acestui obiectiv deoarece singura excepție permisă de norma juridică anterioară respectiv aceea în care obiectivul ar fi fost finanțat din fonduri externe este infirmată de prevederile secțiunii secțiunea II.2.13 din fișa de date în care autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

În ceea ce privește posibilitatea inițierii procedurilor de atribuire cu clauză suspensivă, Consiliul reține că aceasta este reglementată la art. 12 din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020 cu modificările și completările ulterioare, fiind condiționată la rândul său de mai multe aspecte, dintre care sunt relevante în soluționarea prezentei următoarele:

- procedura să fie organizată în vederea atribuirii unui contract finanțat din fonduri europene;
- există contract de finanțare semnat cu autoritatea de management;
- contractul de finanțare semnat cu autoritatea de management conține clauză rezolutorie de a cărei îndeplinire depinde finanțarea proiectului;
- clauza suspensivă prevăzută în documentația de atribuire condiționează semnarea contractului rezultat din procedura de atribuire de îndeplinirea clauzei rezolutorie.

Având în vedere că în speța dedusă soluționării nu este îndeplinită niciuna dintre condițiile anterior menționate, prevăzute în OUG nr. 40/2015 Consiliul reține că PRIMĂRIA COMUNEI nu avea dreptul să inițieze procedura de atribuire prin condiționarea încheierii contractului de îndeplinirea clauzei suspensive.

Consiliul reține că modalitatea în care a conceput PRIMĂRIA COMUNEI prezenta procedură de atribuire, condiționând încheierea contractului de obținerea finanțării necesare și deci de includerea în bugetul autorității contractante a creditelor de angajament și a creditelor bugetare aferente, nu este conformă cu prevederile Directivei 2014/24/UE și nici cu prevederile legislației privind finanțele publice.

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 deoarece lipsa/absența sursei de finanțare nu era doar previzibilă, ci era chiar certă la data inițierii procedurii de atribuire.

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 acestuia 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

obligăția 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 „condiționate”, 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 PRIMĂRIA COMUNEI nu și-a asumat ca finalitate a procedurii obligația încheierii contractului de achiziție publică, în deplină cunoștință a lipsei sursei de finanțare pe care a înlocuit-o în mod nelegal cu o clauză suspensivă.

Prin urmare, Consiliul constată că modalitatea nelegală în care a fost organizată prezenta procedură de atribuire este rezultatul confuziei autorității contractante PRIMĂRIA COMUNEI cu privire la modalitatea de derulare a investițiilor prin intermediul Companiei Naționale de Investiții „CNI” – SA, aceasta neavând, în fapt, nicio sursă de finanțare identificată pentru executarea contractului de achiziție publică, criticile contestatorului privind lipsa sursei de finanțare și clauza suspensivă urmând a fi admise.

Având în vedere faptul că, prin lipsa sursei de finanțare a contractului nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune anularea procedurii de atribuire; în ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la prevederile pretins nelegale ale documentației de atribuire, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, rezultatul fiind același.

Având în vedere admiterea contestației formulate de SC SA, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC SA, în cuantum de 2.893,44 lei, reprezentând onorariu redactare și susținere contestație, conform facturii fiscale seria AHB nr. 874 din data 02.12.2020 emisă de – Cabinet de avocat, achitate prin ordinul de plată cu număr de referință 710EINT203380106 din 03.12.2020.

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

DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă PRIMĂRIA COMUNEI iar, pe cale de consecință, dispune anularea procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator, în cuantum de 2.893,44 lei.

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:**

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 26 (douăzecișase) pagini