

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., depusă de ... S.R.L., în calitate de lider al..., cu sediul în orașul....., având..., înregistrată la... sub nr...., reprezentată legal de administrator... și convențional prin Cabinet de avocat..., împotriva comunicării anulării procedurii nr... din... și a raportului procedurii nr... din..., emise de... „...”, cu sediul în..... nr....., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „...”, anunț de participare nr...., contestatoarea a solicitat:

- anularea în parte a raportului procedurii din data de... (inclusiv a oricăror acte subsecvente sau conexe), strict în ceea ce privește decizia de anulare a procedurii de atribuire (secțiunea 4 a raportului);
- anularea comunicării privind anularea procedurii nr....;
- obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire și la încheierea contractului sectorial cu asocierea condusă de ... S.R.L., a cărei ofertă a fost declarată admisibilă și clasată pe locul I (cu un punctaj de... puncte), conform raportului procedurii aprobat de comisia de evaluare, cu luarea în considerare a aspectelor care vizează caracterul ilegal al anulării procedurii și obligarea acesteia la continuarea procedurii.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... S.R.L., lider al... - ..., critică măsura anulării procedurii de atribuire a contractului de lucrări având ca obiect „...”, susținând că decizia anulării a fost adoptată în mod abuziv, ulterior finalizării evaluării ofertelor și stabilirii ofertei sale ca fiind câștigătoare.

În motivarea contestației, contestatoarea arată că oferta asocierii sale a fost declarată admisibilă și conformă din punct de vedere tehnic și financiar, obținând cel mai mare punctaj, respectiv... puncte, iar ulterior finalizării evaluării entitatea contractantă a dispus anularea procedurii, invocând pretinse modificări morfologice ale amplasamentului rezultate din măsurători efectuate post-evaluare. Contestatoarea apreciază că modificările de cantități invocate nu atrag imposibilitatea încheierii contractului de tip lump sum, criticând fundamentarea anulării pe măsurători topografice efectuate tardiv. Mi susține că menținerea procedurii active în SEAP ulterior comunicării anulării demonstrează caracterul artificial și nelegal al măsurii dispuse.

1. Nu există o imposibilitate de a încheia sau executa contractul.

Contestatoarea susține că decizia de anulare, întemeiată pe pretinsa necorespondere a situației din teren cu Studiul de Fezabilitate, încalcă art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016. Arată că acest text permite anularea doar dacă este imposibilă încheierea contractului, iar faptul că volumul de lucrări fizice necesar este mai mic decât cel estimat în SF nu atrage imposibilitatea execuției, ci confirmă un efort diminuat al antreprenorului pentru atingerea aceluiasi rezultat prevăzut în contractul....

Contestatoarea consideră că motivarea potrivit căreia, dacă s-ar fi cunoscut cantitățile, alți ofertanți ar fi avut o altă abordare, încalcă principiul asumării riscului contractual. Precizează că toți ofertanții au licitat în aceleași condiții, pe baza aceluiasi Studiu de Fezabilitate, cunoscând că prețul ofertat este forfetar și că mediul fluviomaritim este, prin definiție, instabil morfologic.

Contestatoarea arată că scopul etapei de proiectare, respectiv Proiectul Tehnic, este tocmai acela de a releva realitatea exactă din teren, printr-un nou studiu batimetric sau topografic, și de a calcula cantitățile reale necesare execuției. Susține că, dacă realitatea din teren arată că volumul de umplutură este cu 42% mai mic din cauze naturale, acest aspect nu atrage imposibilitatea executării contractului, ci reprezintă o variație negativă ce poate fi reglată la faza de Proiect Tehnic.

2. Contradicția autorității și fundamentarea deciziei pe studii tehnice irelevante.

Contestatoarea arată că proiectul presupune crearea unui nou teritoriu portuar prin lucrări de umplutură, respectiv câștigarea de teren

din mare. Învederează că acest aspect rezultă din mai multe secțiuni ale Caietului de sarcini, inclusiv cap...., cap...., cap.....f, cap...., cap...., cap.... și din titlul proiectului, care indică „Umpluturi și sistematizare teritoriu aferent Danei 99 din zona Fluvio, Maritimă a...”.

Contestatoarea susține că entitatea contractantă și-a fundamentat anularea pe un studiu topografic care ar fi relevat prezența unor noi „umpluturi” pe amplasament. Consideră că această justificare ignoră propriile acte emise în procedură, întrucât, prin clarificările transmise ofertanților, inclusiv Clarificările nr...., nr.... și nr...., autoritatea a reglementat sursele materialului de umplură, respectiv 70% din depozitele de la ... și 30% din depunerile din zona..., conform cantităților detaliate în anexa la clarificări.

Contestatoarea precizează că, potrivit Clarificării nr...., răspunsurile 21, 22 și 38, entitatea contractantă știa și și-a asumat că depunerile de pe uscat sunt de natură antropică, respectiv material depozitat de om. În aceste condiții, consideră că este inadmisibil ca entitatea contractantă să anuleze procedura invocând existența acestor depuneri ca modificare imprevizibilă, deși ele erau incluse în cantitățile proiectului ca sursă de material.

Contestatoarea arată că un studiu topografic măsoară exclusiv relieful terestru și nu are capacitatea tehnică de a scana fundul apei. Susține că studiul topografic a captat doar deșeurile și pământul depozitat antropic pe mal, aspect care reprezintă o problemă de administrare a domeniului, respectiv site clearance, iar nu o modificare a batimetriei. Apreciază că esența Studiului de Fezabilitate, respectiv calculul volumelor necesare sub apă, rămâne neatinsă de aceste ridicări topografice.

3. Cantitățile în lucrări hidrotehnice nu sunt imuabile.

Contestatoarea susține că lucrările vizează un mediu acvatic supus unor procese morfologice naturale continue, precum curenți, depuneri de aluviuni și sedimentare. Arată că orice Studiu de Fezabilitate va indica volume care, la momentul efectiv al execuției, vor diferi. Consideră că, dacă raționamentul entității contractante ar fi menținut, nicio procedură de lucrări hidrotehnice nu s-ar putea finaliza, deoarece relieful submarin se modifică permanent.

Contestatoarea învederează că nu există nicio imposibilitate de încheiere a contractului. Precizează că modificarea cantităților nu afectează tratamentul egal, deoarece toți ofertanții au licitat în condiții egale și și-au asumat prețul global pentru parametrii din SF-ul inițial. Consideră că susținerea potrivit căreia ceilalți ofertanți ar fi ofertat diferit este speculativă și ignoră mecanismul ajustărilor contractuale din etapa de execuție.

IV. Entitatea contractantă nu își poate invoca propria culpă.

Contestatoarea susține că este inadmisibil ca entitatea contractantă să solicite ridicări topografice noi de la propriul Serviciu de Cadastru abia la data de..., după finalizarea evaluării și emiterea raportului procedurii, iar apoi să invoce propriile potențiale lacune în documentația inițială pentru a anula procedura.

Contestatoarea arată că depunerile de natură antropică, respectiv deșeuri, moloz sau pământ descărcat neautorizat pe mal, relevă culpa entității contractante în administrarea.... Consideră că entitatea nu poate invoca o cauză obiectivă, naturală și imprevizibilă, ci invocă propria culpă în administrarea și paza domeniului portuar. Precizează că această situație reprezintă o problemă de curățare a amplasamentului, nu un viciu al Studiului de Fezabilitate.

5. Falsa premisă privind necesitatea unor măsuri corective sau a reactualizării.

Contestatoarea arată că entitatea contractantă susține în mod fals că ar fi în imposibilitatea executării contractului conform Studiului de Fezabilitate existent, deoarece datele inițiale nu mai sunt valabile și este necesară o reactualizare. Consideră că entitatea încearcă să se încadreze artificial în art. 225 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea susține că, în cazul unui contract de Proiectare și Execuție la preț forfetar, fluctuația naturală a cantităților din teren nu constituie eroare sau omisiune a procedurii și nu necesită o măsură corectivă prealabilă semnării contractului. Arată că oferta tehnică și financiară a asocierii este valabilă și executabilă pe documentația inițială, iar adaptarea la cotele reale din teren se realizează în prima etapă a contractului, respectiv elaborarea Proiectului Tehnic de către antreprenor.

6. Contradicția cu statusul procedurii din SEAP.

Contestatoarea invocă art. 152 din H.G. nr. 394/2016, potrivit căruia, în cazul anulării procedurii, entitatea contractantă are obligația de a comunica participanților, în termen de 3 zile, motivul anulării și încetarea obligațiilor asumate prin depunerea ofertelor. Arată că, în aceeași zi în care s-a exprimat intenția de anulare, contestatoarea a primit și solicitarea de prelungire a valabilității ofertei și a garanției de participare, prin adresa nr.....

Contestatoarea consideră că adevăratul motiv al anulării este faptul că oferta... a fost declarată câștigătoare. Arată că, deși i s-a transmis comunicarea de anulare, în SEAP procedura nu a fost anulată, ci au continuat acțiunile entității contractante, prin trecerea procedurii în etapa de „Deliberare” și ulterior în „Evaluare financiară”, cu termen limită la.... Apreciază că acest comportament demonstrează inexistența unei imposibilități tehnice sau procedurale.

7.... privind caracterul de excepție al anulării procedurii.

Contestatoarea invocă practica..., arătând că anularea unei proceduri reprezintă o măsură de extremă excepție, admisibilă numai în

cazul unei imposibilități reale, obiective și insurmontabile de a încheia contractul. Susține că simplele erori ale autorității, modificările de cantități sau dificultățile de implementare care pot fi reglate prin mecanisme contractuale nu reprezintă o imposibilitate de încheiere a contractului.

Contestatoarea invocă și interdicția invocării propriei culpe. Arată că practica...ncționează autoritățile care anulează procedura invocând propriile erori de fundamentare a documentației, precum un Studiu de Fezabilitate depășit, lipsa unor măsurători actualizate sau erori în estimarea cantităților, mai ales când aceste aspecte sunt invocate la finalul procedurii.

Contestatoarea susține că a luat naștere o așteptare legitimă privind încheierea contractului, după ce oferta sa a fost evaluată, declarată admisibilă și clasată pe locul I.

Consideră că anularea procedurii printr-o decizie unilaterală, fundamentată pe adresa internă nr...., reprezintă o încălcare a principiilor tratamentului egal și transparenței.

8.... relevantă a CJUE.

Contestatoarea invocă... CJUE privind limitele dreptului de anulare a unei proceduri, respectiv cauzele C-92/... și C-440/13.... Arată că, deși autoritățile au o marjă de apreciere, decizia de anulare nu poate fi arbitrară și trebuie să respecte principiile transparenței și egalității de tratament.

Contestatoarea invocă și cauza C-454/06..., susținând că entitatea contractantă aplică distorsionat testul modificării substanțiale. Arată că într-un contract..., condiția inițială a procedurii a fost asumarea riscului și beneficiului variației cantităților de către antreprenor, iar diminuarea volumului de umplutură nu schimbă echilibrul economic al contractului într-un mod neprevăzut.

Contestatoarea invocă de asemenea cauza C-549/14..., referitoare la imposibilitatea autorității de a se prevala de dificultăți generate de propria documentație. Mai invocă cauza C-244/02..., susținând că nu există un motiv obiectiv de interes public pentru anulare, deoarece interesul public nu s-a modificat, contextul economic a rămas același, iar procedura a avut un succes deplin. Totodată, invocă cauza C-448/01... și Wienstrom GmbH, privind interdicția modificării regulilor jocului în timpul procedurii.

9. Concluzii în drept.

Contestatoarea invocă art. 2 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, arătând că orice persoană vătămată printr-un act al autorității contractante poate solicita anularea actului și adoptarea măsurilor de remediere. Precizează că ... S.R.L. are calitatea de ofertant clasat definitiv pe locul I, cu cel mai mare punctaj, respectiv... puncte.

Contestatoarea arată că, în lipsa conduitei nelegale a entității contractante, ar fi fost declarată câștigătoare și s-ar fi procedat la încheierea contractului sectorial cu asocierea condusă de ... S.R.L.. Consideră că vătămarea este evidentă, iar singurul remediu legal este anularea actelor prin care s-a dispus anularea procedurii și obligarea entității contractante la continuarea procedurii prin semnarea contractului.

Contestatoarea invocă art. 8 și art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, precum și dispozițiile Legii nr. 99/..., în special art. 2 alin. (2), art. 225 alin. (1) lit. c) și art. 225 alin. (2). De asemenea, invocă dispozițiile H.G. nr. 394/2016, în special art. 5, art. 6, art. 7 și art. 149, privind derularea procedurii prin SEAP și obligația finalizării procedurii în prezența unei oferte admisibile, conforme și câștigătoare.

Față de cele expuse, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată, întemeindu-se pe înscrisurile anexate și menționând că prezenta contestație a fost transmisă și entității contractante, în format electronic.

În punctul său de vedere nr... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr..., entitatea contractantă... „...”, solicită respingerea contestației formulate de ... S.R.L. ca neîntemeiată și nefondată, răspunzând criticilor formulate prin contestație și susținând că anularea procedurii nu a fost determinată de o simplă diferență cantitativă, ci de constatarea unei modificări relevante a obiectului real al contractului, rezultată din verificările topografice efectuate anterior semnării contractului, care au evidențiat că aproximativ 42% din suprafața analizată era deja umplută și necesita doar lucrări de nivelare.

Entitatea contractantă apreciază că această situație influențează soluția tehnică, volumele de materiale, organizarea lucrărilor, costurile și riscurile asumate prin ofertă, astfel încât contractul nu mai putea fi atribuit în baza unei documentații tehnice care nu mai reflecta realitatea din teren.

Referitor la critica privind nelegalitatea măsurii anulării procedurii și inexistența unei imposibilități de încheiere a contractului, entitatea contractantă susține că anularea nu a fost determinată de o simplă variație cantitativă a lucrărilor, ci de constatarea unei modificări relevante a obiectului real al contractului, rezultată în urma verificărilor topografice efectuate anterior semnării contractului.

Referitor la susținerile contestatoarei privind caracterul lump sum al contractului și posibilitatea reglării diferențelor în etapa de proiectare, autoritatea contractantă arată că prețul forfetar nu poate valida o documentație tehnică devenită neactuală și că etapa de proiectare nu poate redefini obiectul achiziției după finalizarea competiției.

Totodată, apreciază că modificările constatate nu reprezintă simple ajustări cantitative, ci afectează premisele tehnice și economice avute în vedere la formularea ofertelor.

Cu privire la critica privind afectarea tratamentului egal și caracterul speculativ al susținerii potrivit căreia ceilalți ofertanți ar fi putut formula alte oferte, entitatea contractantă susține că, dacă situația reală din teren ar fi fost cunoscută de la început, operatorii economici ar fi putut adopta soluții tehnice, structuri de costuri, organizări de șantier și strategii de execuție diferite.

Apreciază că menținerea procedurii în forma inițială ar fi afectat transparența și tratamentul egal între participanți.

Referitor la criticile privind distincția dintre măsurătorile topografice și cele batimetrice, entitatea contractantă arată că verificările actualizate au relevat diferențe relevante pentru ansamblul lucrărilor de umpluturi și sistematizare a amplasamentului, susținând că datele topografice și cele batimetrice se completează reciproc în evaluarea situației reale din teren.

Cu privire la susținerile contestatoarei privind existența unor clarificări anterioare referitoare la sursele materialului de umplură și caracterul antropic al depunerilor, entitatea contractantă arată că indicarea surselor de material nu echivalează cu garantarea faptului că suprafețele, volumele și condițiile de execuție rămân neschimbate până la semnarea contractului.

Susține că problema relevantă o reprezintă efectul concret al modificărilor constatate asupra obiectului contractului și asupra documentației tehnice.

Referitor la critica privind invocarea propriei culpe, entitatea contractantă susține că nu invocă o eroare proprie, ci o situație obiectivă constatată anterior semnării contractului, apreciind că efectuarea unor verificări topografice suplimentare reprezintă un act de diligență administrativă și nu o conduită abuzivă.

Totodată, arată că ar fi fost contrar principiului asumării răspunderii să ignore date tehnice relevante constatate înainte de atribuirea contractului.

Cu privire la criticile referitoare la menținerea procedurii active în SEAP și la solicitarea de prelungire a valabilității ofertei și a garanției de participare, entitatea contractantă susține că aceste aspecte nu contrazic măsura anulării procedurii.

Arată că actualizarea statusului în platforma SEAP și măsurile privind prelungirea valabilității ofertelor reprezintă operațiuni administrative și procedurale distincte, care nu afectează legalitatea deciziei de anulare.

În susținerea legalității măsurii dispuse, entitatea contractantă invocă... CJUE privind posibilitatea anulării procedurilor atunci când contractul nu mai poate fi atribuit în condiții legale și arată că procedura

urmează să fie reluată după actualizarea documentației tehnice, a ridicărilor topografice și a cantităților reale de lucrări.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr...., ... S.R.L. a transmis concluzii scrise la punctul de vedere formulat de... „...”..., prin care solicită respingerea apărărilor formulate de aceasta și admiterea contestației astfel cum a fost formulată, susținând că măsura anulării procedurii se întemeiază exclusiv pe documente interne emise ulterior finalizării evaluării ofertelor și după decriptarea ofertei financiare a asocierii ... -

Contestatoarea arată că entitatea contractantă confundă în mod nelegal suprafețele identificate prin măsurători topografice cu volumele reale de umpluturi și susține că eventualele diferențe dintre situația din teren și studiul de fezabilitate urmau să fie reglate în etapa de proiectare, în cadrul contractului de tip..., fără a afecta posibilitatea atribuirii contractului.

Totodată, contestatoarea susține că entitatea contractantă cunoștea încă din anul... situația topografică a amplasamentului, că a refuzat accesul ofertanților pe amplasament în etapa de ofertare și că invocarea ulterioară a pretensei imposibilități de atribuire reprezintă o încălcare a principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

De asemenea, apreciază că adevăratul motiv al anulării rezultă din lipsa de corelare dintre proiectul aferent Danei 99 și proiectul „Terminal de barje...”, aspect care reflectă exclusiv deficiențe interne de planificare ale entității contractante și nu o imposibilitate obiectivă de încheiere a contractului.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea ... S.R.L. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr...., din data de..., în valoare de..., emisă de...

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă... „...”... a inițiat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „...”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr...., împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată totală a contractului este de..., fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate - preț”.

Conform declarației de participare publicată în SEAP în data de..., au fost depuse 10 oferte, la procedură participând activ 76 operatori

economici (oferanți, asociați, terți susținători, subcontractanți).

Potrivit raportului procedurii nr...., procedura parcursese toate etapele de evaluare, inclusiv evaluarea documentelor suport DUAЕ ale ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar... -..., când a fost anulată, în baza prevederilor art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

Motivul anulării, așa cum este prezentat în raportul procedurii sus-invocat este următorul:

4. Concluzii și semnături

Având în vedere următoarele considerente:

> Adresa nr....., **prin care** compartimentul beneficiar al achiziției, respectiv... Documentații și Urmărire Contracte aduc argumente cu privire la anularea procedurii de atribuire, întrucât continuarea acesteia ar conduce la încălcarea principiilor fundamentale ale achizițiilor sectoriale și la imposibilitatea încheierii contractului în condiții de legalitate, precizând că:

În urma primirii Planului de situație de la Serviciul de Cadastru al... s-au constatat schimbări morfologice substanțiale, în sensul că:

- Suprafața umplută la diverse cote care necesită aducerea la cotă prin nivelare este de... mp reprezentând 42%,

- Suprafața rămasă care necesită umplutura este de... mp reprezentând 58%

- nedefinirea cerințelor minime obligatorii privind soluțiile tehnice, ceea ce contravine principiului transparenței și tratamentului egal prevăzut la art. 2 din Legea nr. 99/2016. Având în vedere diferențele de cantități constatate din planul de situație primit în data de..., care conduc în mod cert la o modificare substanțială a prețului contractului și ulterior la încetarea contractului între părți poate echivala cu o încetare sau rezoluțiune parțială a contractului, în funcție de termenii stipulați, fără ca acesta să fie executat. Adică scăderea prețului contractului prin scăderea cantităților executate afectează selecția inițială, în sensul că dacă cantitățile actuale în urma schimbărilor morfologice ar fi fost cunoscute prin Studiul de Fezabilitate pus la dispoziție și alți ofertanți ar fi avut o altă abordare a ofertei tehnico -financiare depuse.

Cu alte cuvinte suntem în imposibilitatea executării contractului conform Studiului de Fezabilitate existent pentru că datele inițiale nu mai sunt valabile și este necesară o reactualizare, iar procedura curentă de achiziție trebuie anulată.

Pentru cele de mai sus continuarea Procedurii de achiziție ar însemna încălcarea principiilor achizițiilor publice (tratament egal/transparență) prevăzute de legislația în materie și la imposibilitatea încheierii contractului în condiții de legalitate, fapt pentru care Entitatea contractantă anulează procedura de atribuire în baza Art. 225 alin (1) Ut. c) din Legea 99/2016 (situații în care nu este posibilă încheierea contractului din cauza unor motive neimputabile autorității).

Entitatea contractantă va relua procedura de achiziție la alți parametri prin modificarea corespunzătoare a caietului de sarcini care să respecte realitatea semnalată în Planul de Situație. Continuarea procedurii de achiziție și încheierea unui contract ar fi condus în mod cert, având în vedere diferențele de cantități constatate din planul de situație, la o modificare substanțială a prețului contractului pe durata de execuție și ulterior la încetarea contractului între părți fără ca acesta să fie executat.

Având în vedere legislația în domeniu:

> Art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale potrivit căruia: Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

Art. 225 alin. (2) din Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale potrivit căruia: în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul

procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

Art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale potrivit căruia: Principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale și a organizării concursurilor de soluții sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparenta; e) proportionalitatea; f) asumarea răspunderii.

Având în vedere cele expuse, Comisia de evaluare hotărăște anularea procedurii de atribuire a contractului sectorial având ca obiect Proiectare și execuție: „Umpluturi și sistematizare teritoriu aferent Danei 99 din zona ... ” în conformitate cu prevederile art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Drept pentru care s-a încheiat prezentul raport al procedurii într-un singur exemplar original pentru a fi inclus în dosarul achiziției.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr....799 din... decembrie... a Curții de..., Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia nr....92 din 23 octombrie... a Curții de..., Secția a X-a contencios administrativ și fiscal și pentru achiziții publice, cod ReJust 6287ed6e5, și decizia civilă nr. 77 din 7 februarie... a Curții de..., Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” - *sentința civilă nr....13/CA din 11 septembrie... a Curții de..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.*

Până la data întocmirii raportului procedurii nr...., nu s-a discutat concordanța lucrărilor cerute prin caietul de sarcini cu realitatea din teren. Nicio clipă, entitatea organizatoare nu a pretins că achiziția inițiată la... ar înregistra erori în caietul de sarcini, că lucrările supuse adjudecării nu ar putea fi executate ori că ar fi imposibilă atribuirea contractului. Niciun moment, reprezentanții autorității contractante nu au invocat vreo eroare a redactării specificațiilor tehnice sau vreun obstacol în calea..., de genul viciilor sesizate acum în raportul procedurii nr.... și în

comunicarea nr... ci, dimpotrivă, au parcurs etapele de evaluare a DUAЕ, propunerilor tehnice, propunerilor financiare și a documentelor suport DUAЕ.

Abia în etapa când se aștepta comunicarea rezultatului procedurii și declararea câștigătoare a ofertei..., la mai bine de 3 săptămâni de la întocmirea procesului-verbal nr.... privind evaluarea documentelor suport DUAЕ, autoritatea contractantă a hotărât anularea procedurii inițiate în urmă cu mai bine de 1 an de zile.

O asemenea abordare nu poate fi validată drept legală de către Consiliu, reprezentând o veritabilă lipsă de asumare a răspunderii, contrar art. 151 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, aprobate prin... nr.... - *„Entitatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.”, precum și art. 152 alin. (2) din aceleași norme - „Entitatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.”*

Măsura anulării vine să ignore amintitul principiu al asumării răspunderii și cele statuate de Consiliu, în sensul că respectivul caiet de sarcini nu a fost contestat de niciun operator economic, drept care specificațiile pe care le include și-au consolidat forța obligatorie inclusiv pentru entitatea contractantă, ținută să le respecte, strict în ceea ce privește evaluarea ofertelor. Dacă știa că este în culpă prin supradimensionarea lucrărilor supuse atribuirii, nimic nu a oprit organizatoarea să anuleze licitația într-un termen rezonabil, înainte de primirea ofertelor, eventual înainte de evaluarea lor, iar nu să aștepte evaluarea integrală a ofertelor și, la 1 an și aproape 4 luni de la inițierea procedurii, să hotărască intempestiv anularea ei, prejudiciind astfel... -..., a cărei ofertă avea șansa de a fi desemnată câștigătoare. Anularea după o perioadă considerabilă de timp (în care s-au purtat și procese vizând evaluarea ofertelor), pe motive ce țin de specificațiile caietului de sarcini, afectează nu doar principiul încrederii legitime, ci și pe acela al bunei-credințe, sens în care se cuvine a fi amintit că, în Hotărârea din 8 mai..., Citymo/Comisia, T-...1/04, EU: T:...: 128... s-a pronunțat în sensul că, în cadrul negocierilor în vederea încheierii unui contract între autoritatea publică comunitară și un ofertant cu ocazia unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, respectarea principiului bunei-credințe și interdicția abuzului de drept reprezintă norme care conferă drepturi particularilor.

În derularea procedurii de atribuire, după evaluarea documentelor suport DUAE, ocazie cu care oferta asocierii contestatoarei a fost declarată admisibilă... „....”..., mai avea să întocmească raportul procedurii, prin care să declare câștigătoare oferta asocierii contestatoarei, nu să anuleze achiziția pentru motive ce țin de redactarea caietului de sarcini, etapă de mult consumată.

... nr.... din 8 ianuarie..... a declarat că autoritatea publică contractantă nu poate invoca propria culpă, ori de câte ori dorește, pentru a anula procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică. Referințe în aceeași direcție găsim și în practica instanțelor de judecată, care nu admit anularea achiziției, după mai multe luni de la inițierea ei, după multiple evaluări ale ofertelor și după purtarea mai multor litigii asupra evaluărilor, pentru motive de fapt imputabile în exclusivitate autorității însăși.

În speță, nu sunt întrunite condițiile anulării în baza art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 (*„dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”*), fiind de notat că anunțul de participare și documentația de atribuire, asumate de... „....”... și menținute inclusiv pe întreaga perioadă de evaluare a ofertelor, care s-a întins pe aproape 14 luni, „au intrat în circuitul civil” și produc efecte juridice de natură a împiedica entitatea emitentă să le revoce la finalul etapei de evaluare a ofertelor (*„conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice”*, în exprimarea din *Decizia nr....6 din 1 octombrie.....* de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept).

Văzând și modul imperativ în care sunt redactate normele metodologice aprobate prin... nr....:

Art. 145. - Entitatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului **cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.**

Art. 152. - (2) Entitatea contractantă nu are dreptul să adopte **nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire**, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege., coroborate cu cele consemnate în raportul procedurii nr.... de finalizare prin anulare a procedurii și ținând seama de principiul proporționalității, care impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (... din 5 mai.....’ Union și alții, C-157/96, pct....),

Consiliul apreciază că obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea anulării licitației se vădesc a fi fondate și, în baza art. 26 alin. (2) din

Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite (în parte) contestația ... S.R.L., în contradictoriu cu... „...”.... În lumina considerentelor expuse, contrar celor raționate de entitatea contractantă, Consiliul reține că anularea procedurii s-a realizat în baza unui motiv devenit nerelevant prin prisma momentului în care a fost invocat în mod tardiv, cu prejudicierea vădită a ofertantului contestator și cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind acest aspect este fondată.

Regula *nemo auditur propria turpitudine allegans* sancționează persoana care a contribuit la neregularitatea unui act juridic, astfel încât nu mai poate invoca sancțiunea anulării actului, tocmai datorită faptului că neregularitatea a fost creată prin propria acțiune/inacțiune. Cauza de față relevă că organizatoarea procedurii este aceea care a stat în pasivitate, inclusiv pe durata evaluării ofertelor, deși nimic nu a oprit-o să își examineze propriul caiet de sarcini aprobat încă din noiembrie.... Nu i se pot imputa... inadvertențele caietului de sarcini cu realitatea de care se prevalează acum... organizatoare. Judecând motivul faptic de anulare invocat de către entitatea achizitoare din perspectiva cadrului legal redat, Consiliul determină că nu este de natură să atragă anularea licitației.

Este covârșitoare practica instanțelor judecătorești în care acestea au statuat că anularea unei proceduri de atribuire trebuie să aibă la bază motive care nu se găsesc la discreția autorității/entității contractante, independente de orice culpă a acesteia și obiective. În acest sens pot fi invocate *exempli gratia* decizia nr....36 din 10 iunie..., pronunțată de..., Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal; decizia civilă nr.... din... noiembrie..., pronunțată de..., Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal; decizia nr.... din 24 iunie..., pronunțată de... de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr.... din 13 iunie..., pronunțată de..., Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal.

Judicios și pertinent și pentru litigiul de față a punctat..., Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr.... din... (<https://www.rejust.ro/juris/889g3d97>), păstrând decizia Consiliului nr....:

În plus, **autoritatea contractantă nu ar putea să justifice anularea procedurii de achiziție în stadiul avansat, ulterior unei decizii... prin care au fost deja sancționate acte pe care le-a emis în cadrul procedurii, pentru propria conduită culpabilă și, în același timp, să susțină că demersul său a vizat respectarea drepturilor posibililor ofertanți de a participa la procedură, de vreme ce este evident că tocmai prin această conduită _____ în mod efectiv drepturile ofertanților participanți în cadrul procedurii, în speciale cele ale _____ S.R.L., acestea fiind interesele protejate de lege în mod special în procedura de față, dat fiind stadiul desfășurării ei.**

Prin urmare, **corect a reținut... că autoritatea contractantă nu poate să își invoce propria culpă derivată din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp, în care s-au consumat etape importante ale procedurii și, mai ales, ulterior unei decizii a... prin care au fost constatate deficiențe ale activității sale.**

În concluzie, dincolo de faptul că ipoteza invocată de autoritatea contractantă nu are acoperire legală raportat la art. 212 alin. 1 lit. c din Legea 98/2016, în virtutea binecunoscutului principiu de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, nu se poate admite solicitarea autorității contractante de anulare a unei proceduri pentru considerente derivate din propria conduită culpabilă, cu efecte evident prejudiciabile pentru ofertanții participanți la licitație.

Crearea de circumstanțe artificiale pentru anularea procedurii de atribuire, de către entitatea achizitoare, constituie contravenție, sancționată cu amendă între... și.... Prin prisma atât a redactării art.... din legea achizițiilor sectoriale, cât și a scopului inițierii oricărei proceduri de achiziție, regula o constituie atribuirea și încheierea contractului, iar excepția o reprezintă anularea procedurii, în circumstanțele limitativ fixate de lege. Consiliul determină că anularea nu îndeplinește condițiile cerute de lege [art. 225 alin. (1) lit. c) prima teză și alin. (2) din legea achizițiilor sectoriale] pentru a putea fi însoțită și validată de acesta. O astfel de măsură extremă trebuie să se conformeze tuturor dispozițiilor legale care o reglementează, iar nu să determine la rândul ei un abuz, adică o nouă încălcare a legii prin vătămarea ofertantului cu vocație de câștigător și care este îndrituit să obțină contractul licitat. A nu se uita că, pentru prejudiciul cauzat de anularea competiției din cauză că entitatea a redactat deficitar caietul de sarcini, ofertanții au dreptul de a solicita despăgubiri prin acțiune în justiție, însemnând că nu este exclusă obligarea entității să suporte plata de despăgubiri.

Hotărârea din 20 septembrie..., Rudigier, C-518/17, EU: C:...: 757,

punctul 57 - *„legislația Uniunii în materia atribuirii contractelor de achiziții publice nu prevede o regulă generală potrivit căreia nelegalitatea*

care afectează un act sau o omisiune într-o anumită etapă a procedurii

ar determina nelegalitatea tuturor actelor ulterioare ale acestei proceduri și ar justifica anularea lor. Această legislație prevede o asemenea consecință numai în situații speciale bine definite.”

Redactarea eronată a unor specificații de lucrări în urmă cu aproape 1 an și 4 luni nu a produs nicio vătămare operatorilor economici participanți la competiție, pe de o parte, iar pe de altă parte, ea nu a cauzat vreo vătămare nici entității contractante, din moment ce a fost capabilă să realizeze evaluarea ofertelor și poate atribui și semna contractul cu un eventual ofertant câștigător.

În cele 16 luni, câte s-au scurs de la inițierea procedurii, specialiștii entității puteau semnala existența vreunor deficiențe și să propună

anularea licitației, iar nu după ce au consumat etapele evaluării ofertelor. Niciuna dintre susținerile entității nu legitimează imposibilitatea continuării evaluării sau a încheierii contractului, care să conducă la anularea procedurii în baza art. 225 alin. (1) din legea achizițiilor sectoriale.

O neregularitate procedurală, în măsura în care nu s-a cauzat părții o vătămare, nu determină anularea în tot sau în parte a procedurii și nici nu împiedică entitatea contractantă să continue procedura și să atribuie contractul ofertantului clasat pe primul loc, în urma aplicării criteriului de atribuire - decizia nr.... din 13 mai... a Curții de..., Secția contencios administrativ și fiscal.

În speța pendinte, procedura pretins eronată și-a consolidat efectele și nu produce nicio vătămare, nici entității și, cu atât mai puțin, ofertantei, interesată ca procedura să fie continuată, respectiv să i se atribuie contractul, iar nu să fie anulată. Istoricul unei achiziții poate include diverse abateri de la lege, dar entitatea nu are la discreție măsura anulării licitației sub simplul pretext al descoperirii lor, deși ele s-au consumat demult, fără a afecta pe cineva. Alegând să anuleze licitația, entitatea a comis o nouă ilegalitate, mai gravă, întrucât dispozițiile art. 225 alin. (1) lit. c) din legea achizițiilor sectoriale (*„încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”*) nu erau incidente în speță. O încălcare a legii nu se acoperă printr-o nouă încălcare a legii.

Față de ansamblul considerentelor expuse, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, organul jurisdicțional urmează să admită contestația ... S.R.L. și să oblige... „...” SA la continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea motivării de mai sus, a documentației licitației și a legislației aplicabile achiziției sectoriale.

Legea nr. 99/2016 stabilește, între altele:

Art. 245. - (1) Entitatea contractantă răspunde contravențional în cazurile și condițiile prevăzute de prezenta lege.

(2) Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni:

[...]

k) neducerea la îndeplinire a deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, după data la care aceasta rămâne definitivă;

[...]

(3) Contravențiile prevăzute la alin. (2) se sancționează cu amendă între... și....

Capătul de cerere privind semnarea contractului cu asocierea contestatoarei este respins, ca nefondat, în conformitate cu art. 26 alin. (6) din aceeași lege,

Consiliul considerând că nu se poate substitui autorității în privința îndeplinirii obligațiilor legale ale acesteia - manifestări de voință și acte proprii ale autorității contractante - de stabilire a ofertei câștigătoare la momentul evaluării sau, după caz, de anulare a aplicării procedurii pentru alte motive, credibile, nu fabricate. Aplicarea excepției de la art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 (*„Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.”*), respectiv Consiliul să îi atribuie contractul..., nu se justifică la acest moment. Cu alte cuvinte, nu este îndeplinită cerința legii ca, pentru reclamantă, să reiasă calitatea de ofertant câștigător din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației. În opinia contrară, s-ar aduce atingere principiului independenței și imparțialității comisiei de evaluare (entității contractante), după cum au decis în numeroase spețe de caz și instanțele judecătorești. Consiliul nu se poate substitui comisiei de evaluare și să îi îndeplinească atribuțiile de evaluare finală în detaliu a oricărei oferte, fiind exclusă, din această cauză, incidența art. 26 alin. (10) teza ultimă din Legea nr. 101/2016. Pe de altă parte, până în prezent, organizatoarea achiziției nu și-a manifestat opoziția față de atribuirea sau încheierea contractului cu asocierea din care face parte societatea reclamantă.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de ... S.R.L., în contradictoriu cu... „...”..., anulează pct. 4 Concluzii și semnături din raportul procedurii nr...., precum și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind încheierea contractului cu... -....

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

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