

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....

Data:...

Prin contestația nr.... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr..., formulată de..., cu sediul social în..., Splaiul... nr..., ..., etaj..., sector..., având CUI RO..., număr de înregistrare la Registrul Comerțului J2..... - administrator și convențional de ..., cu sediul profesional în București B-dul. Aviatorilor nr..., sector..., împotriva măsurilor de remediere, clarificarea din oficiu din data de... și a anunțului de schimbare nr..., emis de către... .. cu sediul în..., Str.... nr..., jud..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Execuție lucrări de construcții, instalații și echipamente tehnologice pentru obiectivul de investiții ...”», inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr..., s-a solicitat:

– Obligarea autorității contractante la anularea în parte a măsurilor de remediere, a clarificării din oficiu publicate la data de..., a anunțului de schimbare nr.... publicat la data de..., precum și a tuturor anexelor aferente care reproduc și/sau detaliază cerințele noi impuse, considerate neconforme cu decizia CNSC nr.... și Decizia nr.... a Curții de Apel Galați;

– Obligarea autorității contractante la respectarea Deciziei CNSC nr.... și a deciziei nr.... pronunțate de Curtea de Apel Galați, prin eliminarea sau amendarea cerințelor de participare nejustificate, nelegale, restrictive și disproporționate introduse prin noile clarificări, precum și la publicarea unui anunț de tip erată pentru informarea operatorilor economici cu privire la modificările admise;

– În subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în măsura în care nu pot fi adoptate măsurile de remediere.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

**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... solicită cele redată în partea introductivă.

În urma analizei documentației, contestatoarea arată că noile clarificări publicate de autoritatea contractantă nu reprezintă o conformare reală la măsurile dispuse anterior de organismul competent și menținute definitiv de instanță, ci introduc, în mod indirect, cerințe similare celor deja considerate nelegale. Prin urmare, se solicită anularea parțială a acestor clarificări, obligarea autorității contractante la respectarea măsurilor dispuse anterior și, în subsidiar, anularea întregii proceduri de atribuire.

În fapt, contestatoarea evidențiază că documentația inițială a fost deja contestată pentru caracterul restrictiv și nelegal al unor cerințe, fiind admisă în parte. Ulterior, deși autoritatea contractantă avea obligația de a remedia deficiențele constatate, aceasta a emis noi clarificări care, în opinia contestatoarei, mențin aceleași vicii de legalitate, sub o formă aparent modificată.

Se susține că prezenta contestație este formulată în termenul legal, calculat de la data publicării clarificărilor contestate, iar condițiile de admisibilitate sunt îndeplinite.

Se argumentează că noile cerințe introduse sunt restrictive și nejustificate, afectând concurența și favorizând anumiți operatori economici. Totodată, continuarea procedurii în aceste condiții ar putea conduce la excluderea nejustificată a unor participanți și la afectarea interesului public, prin atribuirea contractului în condiții neconforme cu principiile achizițiilor publice.

În privința fondului, contestatoarea critică în principal modul în care autoritatea contractantă a modificat clauza privind finanțarea contractului. Deși i s-a impus eliminarea unei clauze suspensive, autoritatea a introdus o clauză rezolutorie care, în esență, produce efecte similare. Aceasta permite desființarea contractului în cazul neobținerii finanțării într-un anumit termen, fără despăgubiri pentru executant și cu efect retroactiv. Contestatoarea apreciază că această soluție reprezintă o eludare a obligației de conformare, întrucât menține posibilitatea autorității de a nu finaliza procedura prin încheierea contractului, în funcție de propria conduită sau de factori aflați sub controlul său.

Se subliniază că o asemenea clauză conferă autorității contractante o marjă excesivă de apreciere și creează incertitudine pentru ofertanți, obligându-i să participe la o procedură fără garanția reală a finalizării acesteia. În consecință, se apreciază că este afectat scopul procedurii de achiziție publică, respectiv încheierea contractului și utilizarea eficientă a fondurilor publice.

De asemenea, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu poate introduce, sub o altă formă, cerințe care au fost deja înlăturate,

Întrucât acest lucru contravine obligației de respectare a deciziilor obligatorii și principiului securității juridice. Conduita autorității este calificată ca fiind una formală, nu una reală, de conformare.

Un alt aspect criticat vizează cerința privind prezentarea furnizorilor pentru materialele utilizate. Deși s-a dispus eliminarea unei cerințe considerate excesive, autoritatea contractantă a reformulat-o solicitând prezentarea furnizorilor pentru un număr foarte mare de materiale principale. Contestatoarea arată că această modificare nu reduce caracterul excesiv al cerinței, ci îl menține, impunând o sarcină administrativă disproporționată ofertanților.

Se consideră că această cerință nu are relevanță reală pentru evaluarea calității ofertei, dar creează bariere în participarea la procedură, în special pentru operatorii economici mai mici. Totodată, lipsa unor criterii clare privind modul de evaluare a acestor informații generează incertitudine și afectează transparența procedurii.

În ansamblu, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a introdus cerințe nejustificate, disproporționate și restrictive, care limitează concurența și încalcă principiile fundamentale ale achizițiilor publice, precum tratamentul egal, nediscriminarea, transparența și proporționalitatea.

În concluzie, se solicită admiterea contestației, anularea parțială a clarificărilor contestate, obligarea autorității contractante la modificarea documentației în conformitate cu măsurile dispuse anterior și, dacă acest lucru nu este posibil, anularea procedurii de atribuire. De asemenea, se solicită suspendarea procedurii până la soluționarea definitivă a contestației, pentru a preveni producerea unor prejudicii și pentru a asigura respectarea legalității.

În punctul său de vedere nr.... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr...., autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, precum și menținerea documentației de atribuire în forma modificată..

Procedura a fost supusă unor clarificări și măsuri de remediere, în urma unor observații și decizii anterioare, iar documentația a fost ajustată pentru a respecta cerințele legale și principiile aplicabile în materia achizițiilor publice.

Un aspect central îl reprezintă modificarea cerințelor privind prezentarea furnizorilor de materiale. Autoritatea contractantă arată că solicitarea inițială, care viza toate materialele din rețetele tehnice, a fost considerată excesivă și a fost eliminată. În locul acesteia, a fost introdusă o cerință limitată la materialele principale, definite pe baza unor criterii obiective și cuantificabile, în special în funcție de relevanța financiară și tehnică. Această abordare urmărește asigurarea transparenței, proporționalității și tratamentului egal între participanți, evitând impunerea unor obligații excesive.

Autoritatea contractantă susține că noile cerințe nu restrâng concurența și nu creează bariere nejustificate, ci reprezintă o adaptare legitimă a documentației la specificul contractului. De asemenea, se subliniază că există o marjă de apreciere în stabilirea cerințelor tehnice, atât timp cât acestea sunt legate de obiectul contractului și respectă principiile legale aplicabile.

Un alt element important este introducerea unei clauze rezolutorii legate de obținerea finanțării proiectului. Autoritatea contractantă arată că va încheia contractul cu ofertantul câștigător, însă menținerea efectelor acestuia depinde de obținerea finanțării într-un anumit termen. În lipsa finanțării, contractul încetează de drept, fără obligații suplimentare pentru părți. Această clauză este justificată ca un mecanism legal și necesar pentru protejarea interesului public și pentru evitarea angajării unor cheltuieli fără acoperire bugetară.

Totodată, se evidențiază existența unor mecanisme de protecție financiară, precum ajustarea prețului printr-o formulă de indexare, care asigură echilibrul contractual și protejează contractantul împotriva fluctuațiilor economice. Prin aceste mecanisme, autoritatea contractantă susține că nu transferă riscurile în mod abuziv, ci menține un echilibru între părți.

Referitor la critica privind caracterul abuziv al clauzei rezolutorii, autoritatea contractantă argumentează că aceasta este un instrument juridic legitim, recunoscut de dreptul comun, care permite gestionarea riscurilor legate de finanțare sau de alte situații obiective. Clauza este prezentată ca fiind clară, previzibilă și aplicabilă în mod egal tuturor participanților, fără a afecta concurența sau transparența procedurii.

În ceea ce privește solicitarea de suspendare a procedurii, autoritatea contractantă arată că nu sunt îndeplinite condițiile legale, întrucât nu există un caz bine justificat și nici riscul unei pagube iminente. Se subliniază că eventualele consecințe negative ar afecta mai degrabă interesul public, inclusiv riscul pierderii finanțării pentru proiect.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că a respectat cerințele legale și deciziile relevante, a eliminat caracterul excesiv al unor cerințe inițiale, a introdus măsuri clare și proporționale și a asigurat un cadru contractual echilibrat. Pe această bază, consideră că argumentele contestatorului sunt nefondate și

În data de....., a depus concluzii scrise nr...., înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr....

Analizând conținutul dosarului cauzei... a transmis recipisa de consemnare nr...., eliberată de CEC BANK Sucursala Victoria, la data de..., din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de..., pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr.....

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o licitație deschisă, în vederea atribuirii contactului de achiziție având ca obiect „...”», publicată în SEAP prin anunțul nr..... Valoarea estimată a achiziției este de..., fără TVA, iar criteriul de atribuire este „Cel mai bun raport calitate – preț”.

Contestatorul este nemulțumit de modalitatea în care a fost remediat documentația de atribuire.

Anterior, împotriva prezentei proceduri de atribuire s-a formulat contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., formulată de..., constituind obiectul dosarului ..., soluționată prin Decizia nr.... rămasă definitivă prin respingerea plângerii de Curtea de Apel Galați prin hotărârea nr. pronunțată în dosarul nr.....

În considerentele deciziei nr...., Consiliul a reținut următoarele:

„Referitor la criticile contestatorului cu privire la clauza suspensivă, Consiliul reține următoarele:

În cadrul fișei de date a achiziției postate în SEAP sub identificatorul „[...] FisaDate_DF1....pdf” autoritatea contractantă a menționat la:

- cap. II.2.4 Descrierea achiziției publice următoarele:

„Clauză suspensivă:

Procedura de atribuire a contractului de achiziție publică este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de alocarea creditelor bugetare cu această destinație, semnarea contractului făcându-se cu respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

Având în vedere dispozițiile Legii 98/... privind achizițiile publice și H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, Autoritatea Contractantă precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin alocare angajamentelor/creditelor bugetare cu aceasta destinație.

În cazul în care, indiferent de motive angajamentele/creditele bugetare nu vor fi alocate, pe o perioadă de 12 luni de la data de soluționare definitivă a eventualelor contestații depuse împotriva rezultatului procedurii de atribuire, aceasta se va anula de drept, în condițiile în care nu există o altă sursă de finanțare, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza 2 din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică. Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că Autoritatea Contractantă nu poate fi considerată răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă Autoritatea Contractantă a fost notificată asupra existenței unui asemenea prejudiciu.

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. Perioada maximă pentru care operează clauza suspensivă este de 12 luni, astfel încât, în cazul în care condiția semnării contractului de finanțare nu este îndeplinită, procedura de atribuire este anulată.

Ofertanții la procedură își asumă prin depunerea ofertei obligația de a-și prelungi valabilitatea ofertei, la simpla solicitare a Autorității Contractante, dacă aceasta se va afla în situația aplicării clauzei suspensive.

Pentru situația în care contractul va beneficia de finanțare externă sau națională, alta decât bugetul local, Ofertanții își vor asuma în mod expres plata facturilor emise de aceștia în termen de maximum 15 zile de la data încasării sumelor de către beneficiar de la finanțator.”

- III.1.7) Principalele condiții de finanțare și modalități de plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante care le reglementează:

„Procedura este inițiată sub incidența clauzei suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de alocarea creditelor bugetare cu această destinație, semnarea contractului făcându-se cu respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

AC precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin alocarea angajamentelor/ creditelor bugetare cu aceasta destinație.

În cazul în care, indiferent de motive angajamentele/creditele bugetare nu vor fi alocate, pe o perioadă de 12 luni de la data de soluționare definitivă a eventualelor contestații depuse împotriva rezultatului procedurii, aceasta se va anula de drept, în condițiile în care nu există o altă sursă de finanțare, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza 2 din Legea 98/2016 fiind imposibila încheierea contractului”.

În cadrul anunțului de participare, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

- II.2.13) Informații despre fondurile Uniunii Europene:

„Achiziția se refera la un proiect si/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: Nu

Tip finanțare: Alte fonduri

Program/Proiect: -”

- II.2.14) Informații suplimentare:

„Proiectul <<Construire „Spitalul Județean de Urgență Focșani - județul Vrancea”>> este depus spre finanțare în cadrul Programului Național de Investiții în Infrastructura Unităților Spitalicești”.

În soluționare Consiliul reține că procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016, care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/24/UE, au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice.

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

Prin 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. 1... alin. (1) din HG nr. 395/2016 care statuează regula conform căreia „autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/ acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”.

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

Din interpretarea textelor legale mai sus indicate, Consiliul reține că autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru cinci motive expres și limitativ

prevăzute de lege, printre acestea neregăsindu-se opțiunea anulării urmare a neîndeplinirii unei clauze suspensive.

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) teza a 2-a din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire „(..) dacă este imposibilă încheierea contractului” trebuie interpretată în contextul anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării.

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

Potrivit paragrafului 46 din hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-451/08 Herman Müller, „noțiunea de contract este esențială în cadrul definiției domeniului de aplicare al Directivei 2... 4/18. 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. 273/2006 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.

Referitor la sursa de finanțare, Consiliul reține că acest proiect a fost depus spre finanțare în cadrul Programului Național de Investiții în Infrastructura Unităților Spitalicești, program care potrivit art. 5 alin. (1) din OUG nr. 29/2024 este asigurat din:

„a) bugetul de stat, prin bugetul Ministerului Investițiilor și Proiectelor Europene de la o poziție distinctă de transferuri;

b) bugetele locale;

c) alte surse legal constituite.”

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

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

Astfel, potrivit paragrafului 58 din decizia Curții Constituționale nr...., „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 inerentă 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. 1... alin. (1) din HG nr. 395/2016 să îl încheie cu ofertantul desemnat câștigător.

De-a lungul timpului legiuitorul a stabilit prin norme exprese derogatorii posibilitatea lansării procedurilor de achiziție publică cu clauză suspensivă, însă pentru anumite contracte finanțate din fonduri europene specifice, spre exemplu OUG nr. 40/2015.

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 –... 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 JUDETUL... (CONSILIUL JUDETEAN) nu și-a asumat ca finalitate a procedurii obligația încheierii contractului de achiziție publică, în deplină cunoștință a incertitudinii sursei de finanțare pe care a înlocuit-o în mod nelegal cu o clauză suspensivă.

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

(...)

Referitor la criticile cu privire la prezentarea furnizărilor atât pentru materialele incluse în cele 225 de rețete cât și pentru materialele certificate EPD, Consiliul reține următoarele:

În cadrul Anexei nr.... – la Formularul nr.... PROPUNERE TEHNICĂ, autoritatea contractantă a menționat:

„Se vor prezenta 225 de rețete articole, pentru 10 articole din lista de cantități F3 din fiecare specialitate (30 articole - structura de rezistență, 5 articole - fundații speciale, 30 articole - arhitectură, 30 articole - sistematizarea structurii rutiere, 5 articole - instalații gaze medicale, 5 articole - instalații gaze naturale, 20 articole - instalații electrice curenți slabi... articole - instalații electrice curenți tari, 15 articole - instalații HVAC, 25 articole - instalații sanitare, 25 articole - instalații stingere incendiu). Numarul de rețete de articole prezentate va fi analizat la evaluarea gradului de detaliere a planului de management al calitatii.

Articolele de deviz vor fi cele mai scumpe din punct de vedere al valorii total per articol din fiecare specialitate.”

În cadrul Anexa nr.... – Declarație privind furnizorii pentru principale materialele la formularul nr.... propunere tehnică – DECLARAȚIE - privind furnizorii pentru principale materialele, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

„declar pe propria răspundere că furnizorii luați în calcul la realizarea ofertei pentru materialele principale sunt:

(...)

Notă – Vor fi prezentați furnizorii atât pentru materialele incluse în cele 225 de rețete articole solicitate prin Caietul de sarcini și Formularul de ofertă tehnică cât și pentru materialele certificate EPD.”

În justificarea aceste note, autoritatea contractantă menționează în cadrul punctului de vedere:

„Complexitatea deosebit de ridicată ce caracterizează lucrările de construcții, condițiile în care se realizează acestea precum și particularitățile specifice ale ansamblului conduc la regula generală ca evaluarea nu poate fi realizată global, în întregul ei, ci necesită descompunere până la un nivel în care părțile componente pot fi măsurate. Evaluarea globală a volumului de resurse înglobate în obiectul construcției nu este posibilă, se impune deci parcurgerea procesului de descompunere - recompunere a obiectului de construcții exprimat în consumuri de resurse care să permită analiza din punct de vedere calitativ a informațiilor furnizate. Atât în cadrul declarațiilor specificate, cât și în cadrul secțiunilor din formularul de propunere tehnică s-au solicitat informații despre materialele folosite deoarece ofertantul trebuie să demonstreze faptul că a înțeles obiectul prezentei proceduri și mai ales că și-a fundamentat propunerea tehnică și implicit financiară pe date reale, concrete și nu doar pe "povești" așa cum susține în alte abordări ale aspectelor contestate (daca se nominalizează un furnizor de software pentru produse de balastieră, autoritatea poate concluziona că nu are o propunere fundamentată pe date reale).”

În soluționare, **Consiliul reține că această notă, prin care se solicită prezentarea furnizorilor pentru materialele incluse în cele 225 de rețete articole și pentru materialele certificate EPD este excesivă și neconcordantă cu „Anexa nr.... – Declarație privind furnizorii pentru principalele materiale la formularul nr.... propunere tehnică – DECLARAȚIE - privind furnizorii pentru principalele materiale” având în vedere că prin aceasta se solicită prezentarea furnizorilor pentru principalele materiale incluse în lucrare și nu a tuturor furnizorilor de materiale din cadrul a 225 rețete de articole care conțin diverse materiale în diverse cantități, având în cadrul lucrării importanțe tehnice diferite.**

Exemplu ipotetic oferit de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere nu poate fi reținut de Consiliu în soluționare.

Față de aceste aspecte criticile sunt întemeiate urmând a fi admise, autoritatea contractantă fiind obligată să elimine solicitarea prezentării furnizorilor pentru materialele incluse în cele 225 de rețete articole și pentru materialele certificate EPD din cadrul documentației de atribuire.”

Prin hotărârea nr. 330/F-AP/... pronunțată în dosarul nr...., Curtea de Apel Galați a reținut în mod definitiv următoarele:

„Curtea reține că în mod întemeiat a reținut CNSC că numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire, încheierea contractului de achiziții publice fiind scopul și rezultatul procedurii de atribuire.

Astfel, procedura trebuie să se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect evidențiat de prevederile art. 1... 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 suspensive. Astfel, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru motive exprese 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 II-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.

Reclamanta a invocat că prin introducerea clauzei suspensive în cuprinsul documentației de atribuire a urmărit informarea potențialii ofertanți despre faptul că, la momentul publicării procedurii pe platforma SEAP, investiția nu beneficia de o finanțare totală, aceasta urmând a fi obținută în viitorul apropiat, fiind depus un proiect prin PNIIUS, dar și accelerarea implementării proiectului, desfășurând în paralel demersurile pentru obținerea finanțării, dar și procedura de achiziție publică. A învederat că este de bună credință, că respectă prevederile legale și, deși nu există o certitudine în ceea ce privește linia de finanțare, șansele sunt foarte mari întrucât sunt îndeplinite toate condițiile de eligibilitate.

Or, în acord cu cele reținute de CNSC, **Curtea reține că 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 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.**

Curtea reține că, deși pentru unele categorii de beneficiari, posibilitatea introducerii clauzei suspensive este reglementată expres, de exemplu în OUG nr. 40/2015, pentru celelalte categorii de beneficiari, posibilitatea introducerii unei clauze suspensive, deși nu este reglementată în mod expres în legislație, este permisă potrivit dreptului comun (potrivit art. 1399 din Codul Civil, "este afectată de condiție obligația a cărei eficacitate sau desființare depinde de un eveniment viitor și nesigur").

Totuși, o asemenea **clauză nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului** (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art. 1... din HG nr. 395/2016 stabilește obligația autorității contractante de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare.

Curtea reține că este adevărat că până la semnarea contractului de finanțare, din cauza absenței instrumentului juridic angajant, care să certifice disponibilitatea sursei de finanțare, fondurile necesare nu pot fi încă introduse în bugetul autorității, ca urmare a obligațiilor impuse de Legea nr. 273/2006, și astfel nu s-ar putea încheia contractul de achiziție publică, dar acesta nu poate fi un argument pentru impunerea clauzei suspensive și aplicarea prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza a 11-a din Legea nr. 98/2016, indiferent de motivele pentru care angajamentele/creditele bugetare nu vor fi alocate, ceea ce face ca obligația să fie asumată sub condiție pur potestativă, în sensul că realizarea ei depinde exclusiv de voința uneia din părți.

A precizat reclamanta că procedura de achiziție a fost supusă verificării ex-ante de către ANAP, care, față de cerința referitoare la clauza suspensivă, a reținut că informațiile privind data de la care se calculează termenul în care acționează aceasta clauza nu erau complete, ca măsură de remediere fiind prevăzut ca, pentru o informare corectă și completă a operatorilor economici, să fie precizat clar momentul la care se raportează cele 12 luni. A arătat că a remediat acest aspect, fapt reținut de ANAP în Adresa privind implementarea măsurilor de remediere dispuse prin Avizul conform condiționat, nr.... /DGEDACMSÍP/.../..., respectiv 12 luni de la data de soluționare definitivă a eventualelor contestații depuse împotriva rezultatului procedurii de atribuire. Împrejurarea că ANAP s-a raportat doar la data de la curge termenul de 12 luni nu exclude posibilitatea eliminării clauzei, mai ales dacă impune ofertantului câștigător să își mențină oferta pe o perioadă de 12 luni, fără o asigurare că va reuși semnarea contractului cu autoritatea contractantă.

După cum în mod judicios a apreciat CNSC, **finalitatea procedurii de atribuire constă în încheierea contractului de achiziție publică**, autoritatea contractantă neavând dreptul să folosească în mod impropriu procedurile de atribuire 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 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... din Legea nr. 98/2016 și nu să utilizeze în mod impropriu procedura de atribuire, lipsind operatorii economici interesați de finalitatea așteptată, respectiv de încheierea contractului de achiziție publică.

Reclamanta a invocat că în alte cauze CNSC a dispus modificarea clauzei suspensive din cuprinsul documentației de atribuire, prin introducerea obligativității autorității contractante de a iniția demersurile legale necesare obținerii finanțării.

Curtea precizează că fiecare decizie exprimă un raționament juridic strict individualizat în raport cu o situație de fapt determinată și cu argumentele părților litigante, care nu coincid în totalitate cu argumentele ce pot fi invocate în alte cauze cu elemente de similaritate. De aici rezultă și relativitatea raționamentului juridic, care nu exprimă o judecată general valabilă, ci una determinată în funcție de împrejurările speței soluționate și de apărările formulate, ceea ce implică inaptitudinea unui astfel de raționament de a fi invocat și în alte spețe."

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 Consiliul se va pronunța pe excepțiile invocate de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere.

Cu privire la excepția lipsei de interes, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată având în vedere că societatea contestatoare critică măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă urmare a admiterii contestației formulate de aceasta, subliniind prin contestația prezentă că documentația aferentă acestei proceduri conține cerințe nelegale și restrictive.

Cu privire la excepția prematurității, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată având în vedere că această contestație vizează măsurile de remediere ale documentației de atribuire în funcție de care trebuie elaborate și depuse ofertele și nu etapa ulterioară de evaluare a ofertelor.

Procedând la soluționare pe fond a contestației Consiliul reține următoarele:

Punând în aplicare decizia CNSC nr..., rămasă definitivă, autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri de remediere:

„3. CLAUZA SUSPENSIVA

Se elimina referirile la clauza suspensiva din Fisa de date achiziții și din anunțul de participare: Capitol II.2.4 Descrierea achiziției publice (...)

Capitolul III.1.7) Principalele condiții de finanțare și modalități de plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante care le reglementează:

(...)

Se va transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial.

(...)

5. Nota din Anexa nr.... - Declarație privind furnizorii pentru principalele materialele la formularul nr.... propunere tehnica, se modifică și va avea următorul conținut:

Notă - Vor fi prezentați furnizori pentru principalele materialele incluse în lucrare și nu a tuturor furnizorilor de materiale din cadrul a 225 rețete de articole care conțin diverse materiale în diverse cantități, solicitate prin Caietul de sarcini și Formularul de ofertă tehnică.

Principalele materiale pentru care se solicită prezentarea furnizorilor:

Nr.crt	Denumire material
1	țeava din oțel inoxidabil pentru instalații solare conform DIN EN... 2 și DIN EN..., F63mm; F28mm
...	...
250	Vas de expansiune închis, cu perna de aer. V:... L

Rezultă că prin măsurile de remediere autoritatea contractantă a eliminat referirile la clauza suspensivă.

Din conținutul clarificării generate automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire, postate în SEAP sub identificatorul „[...] Clarificare_Oficiu_Erata_Automata_DF1....pdf” rezultă că în fapt autoritatea contractantă nu a eliminat clauza suspensivă ci a înlocuit-o cu una rezolutorie având următorul conținut:

„Sectiunea III: Informatii juridice, economice, financiare si tehnice / III.1) Conditii de participare

Locul modificarii	In loc de	A se citi
II.2.4) Descrierea achizitiei publice	(...) Clauză suspensivă: Procedura de atribuire a contractului de achiziție publică este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de alocarea creditelor bugetare cu această destinație, semnarea contractului făcându-se cu respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. Având în vedere dispozițiile Legii 98/... privind achizițiile publice și H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, Autoritatea Contractantă precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin alocare angajamentelor/creditelor bugetare cu aceasta destinație.	(...) Autoritatea contractantă va încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul declarat câștigător, sub condiție rezolutorie, în sensul că neobținerea finanțării prin Programul Național de Investiții în Infrastructura Unităților Spitalicești, în termen de maximum 12 luni de la data semnării contractului de achiziție publică și constituirii GBE, conduce la desființarea de drept a contractului. În cazul îndeplinirii condiției rezolutorii (lipsa finanțării), contractul se consideră desființat cu efect retroactiv, ca și când nu ar fi fost niciodată încheiat, conform art.... 1 Cod Civil. Părțile convin ca, până la data îndeplinirii condiției sau a expirării termenului de maximum 12 luni, Executantul să nu demareze activitățile care ar genera costuri, Autoritatea Contractantă nefiind

	În cazul în care, indiferent de motive angajamentele/creditele bugetare nu vor fi alocate, pe o perioada de 12 luni de la data de soluționare definitivă a eventualelor contestații depuse împotriva rezultatului procedurii de atribuire, aceasta se va anula de drept, în condițiile în care nu există o altă sursă de finanțare, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza 2 din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică. Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că Autoritatea Contractantă nu poate fi considerată răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă Autoritatea Contractantă a fost notificată asupra existenței unui asemenea prejudiciu. 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. Perioada maximă pentru care operează clauza suspensivă este de 12 luni, astfel încât, în cazul în care condiția semnării contractului de finanțare nu este îndeplinită, procedura de atribuire este anulată. Ofertanții la procedură își asumă prin depunerea ofertei obligația de a-și prelungi valabilitatea ofertei, la simpla solicitare a Autorității Contractante, dacă aceasta se va afla în situația aplicării clauzei suspensive. Pentru situația în care contractul va beneficia de finanțare externă sau națională, alta decât bugetul local, Ofertanții își vor asuma în mod expres plata	ținută la plata niciunei despăgubiri în cazul desființării contractului. Pentru situația în care contractul va beneficia de finanțare externă sau națională, alta decât bugetul local, Ofertanții își vor asuma în mod expres plata facturilor emise de acestia în termen de maximum 15 zile de la data încasării sumelor de către beneficiar de la finanțator.
--	---	---

	<i>facturilor emise de acestia în termen de maximum 15 zile de la data încasării sumelor de către beneficiar de la finanțator.</i>	
III.1.7) Principalele conditii de finantare si modalitati de plata si/sau trimitere la dispozitiile relevante care le reglementeaza	Procedura este inițiată sub incidența clauzei suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de alocarea creditelor bugetare cu această destinație, semnarea contractului făcându-se cu respectarea disp referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. AC precizează că va încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin alocarea angajamentelor/creditelor bugetare cu aceasta destinație. În cazul în care, indiferent de motive angajamentele/creditele bugetare nu vor fi alocate, pe o perioada de 12 luni de la data de soluționare definitivă a eventualelor contestații depuse împotriva rezultatului procedurii, aceasta se va anula de drept, în condițiile în care nu există o altă sursă de finanțare, în conf cu prev art. 212 alin. (1) lit. c) teza 2 din Legea 98/2016 fiind imposibila incheierea contractului.	Proiectul <<Construire,, Spitalul Județean de Urgență Focșani - județul Vrancea">> este depus spre finanțare în cadrul Programul Național de Investiții în Infrastructura Unităților Spitalicești (PNIIUS). Autoritatea contractantă va încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul declarat câștigător, sub condiție rezolutorie, în sensul că neobținerea finanțării prin PNIIUS, în termen de maximum 12 luni de la data semnării contractului de achiziție publică și constituirii GBE, conduce la desființarea de drept a contractului. În cazul îndeplinirii condiției rezolutorii (lipsa finanțării), contractul se consideră desființat cu efect retroactiv, ca și când nu ar fi fost niciodată încheiat, conform art.... 1 Cod Civil. Părțile convin ca, până la data îndeplinirii condiției sau a expirării termenului de maximum 12 luni, Executantul să nu demareze activitățile care ar genera costuri, Autoritatea Contractantă nefiind ținută la plata niciunei despăgubiri în cazul desființării contractului.

Procedând la verificarea modalității punerii în aplicare a Deciziei CNSC nr.... rămasă definitive, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a adus la îndeplinire obligația de eliminare a clauzei suspensive.

Prin înlocuirea clauzei suspensive cu una rezolutorie, autoritatea contractantă a păstrat intact riscul lipsei de finanțare, schimbând doar denumirea juridică a clauzei pentru a eluda efectele hotărârii definitive.

Potrivit dispozițiilor art.... 1 alin. (1) din Codul Civil, condiția este rezolutorie atunci când îndeplinirea ei determină desființarea obligației. În speță, autoritatea a prevăzut că neobținerea finanțării atrage desființarea de drept a contractului, cu efect retroactiv

Practic noua clauză rezolatorie goleşte de conţinut scopul final al achiziţiei, transferând incertitudinea fondurilor bugetare de la momentul semnării la momentul executării contractului.

Obligarea executantului de a-şi bloc... resursele timp de 12 luni, interzicându-i-se demararea activităţilor şi lipsindu-l de dreptul la despăgubiri, reprezintă o conduită abuzivă pe care Consiliul a cenzurat-o deja în mod definitiv prin Decizia nr....

Semnarea unui contract de achiziţie publică sub condiţie rezolatorie nu acoperă lipsa creditelor de angajament şi a sursei de finanţare certe de la momentul lansării procedurii.

Faţă de aceste aspecte, criticile sunt întemeiate urmând a fi admise.

Referitor la criticile cu privire la prezentarea furnizorilor pentru materialele incluse în cele 225 de reţete, Consiliul reţine că autoritatea contractantă a pus în aplicare doar formal decizia anterioară rămasă definitivă. Prin măsurile de remediere adoptate, aceasta a solicitat în continuare prezentarea de furnizori pentru un număr de 250 de materiale pe care le califică în mod generic ca fiind principale.

Analizând însă lista impusă, în raport cu natura şi complexitatea lucrării o pondere semnificativă din cele 250 de materiale nu îndeplinesc criteriul de importanţă deosebită pentru a fi considerate piese sau materiale principale.

Printre acestea se regăsesc elemente de volum, consumabile de şantier sau simple accesorii de montaj, care nu au un caracter esenţial în funcţionarea sau structura clădirii, cum ar fi, cu titlu exemplificativ:

- poz....: diblu cu cui din plastic
- Poz.... 0: Sârmă moale obişnuită d= 1 ol32
- Poz. 104: Distanţier pt. pozit. armat. in bet. arm. din mortar ciment.
- Poz. 105: Doză de derivaţie 100x100x50mm
- Poz. 107: Dulapi molid-brad cl.a tiv.g= 28-58mm
- Poz.... 2: Scândură răşinoase lungă tivită cls a gr= 24mm

Faţă de aceste aspecte, criticile sunt întemeiate urmând a fi admise.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (2) şi alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de... în contradictoriu cu ... şi va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la comunicare să remedieze documentaţia de atribuire potrivit celor reţinute în Decizia CNSC nr.... rămasă definitivă şi a celor reţinute în prezenta motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la comunicare să remedieze documentația de atribuire potrivit celor reținute în Decizia CNSC nr.... rămasă definitivă și a celor reținute în prezenta motivare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.