Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., cu sediul în mun..... nr...., sector..., înregistrată la... sub nr...., având CUI nr...., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă emis de către ....., cu sediul în mun..... nr...., sector..., în calitate de autoritate contractantă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...”, cod...-6, s-a solicitat:

1. obligarea autorității contractante la anularea in totalitate a raportului procedurii nr...., precum și a comunicării nr.... și, în subsecvent, a celorlalte acte emise în baza acestor documente;
2. menținerea raportului procedurii nr.... și a scrisorii de acceptare nr....;
3. obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire de la momentul anterior emiterii deciziei de anulare, cu respectarea rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare;
4. obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare pentru finalizarea legală a procedurii, în condițiile în care cauza invocată pentru anulare - imposibilitatea încheierii contractului - nu mai există, finanțarea fiind aprobată și contractul de finanțare fiind semnat la data de...;
5. în subsidiar, să dispună orice alte măsuri de remediere pe care Consiliul le apreciază necesare pentru restabilirea legalității procedurii.

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

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., împotriva rezultatului prezentei proceduri, contestatorul solicită cele prezentate în partea introductivă a prezentei decizii.

Contestatorul face, în prealabil, o prezentare succintă a situației de fapt, evidențiind că, urmare a transmiterii către autoritate a declarației de prelungire a ofertei, până la..., aceasta i-a solicitat prelungirea..., acesta afirmând că s-a conformat și, cu toate acestea, autoritatea a făcut o nouă solicitare de prelungire a ofertei cu 180 de zile, deoarece, până la acea dată, procedura nu s-a finalizat cu încheierea contractului.

Acesta susține că a transmis autorității o nouă dovadă a prelungirii valabilității ofertei și a garanției de participare, iar, autoritatea i-a solicitat transmiterea informațiilor privind beneficiarii reali, pentru fiecare asociat în parte, la care... a răspuns, trimițând acesteia toate documentele solicitate.

Ulterior, autoritatea contractantă a publicat în SEAP un nou raport al procedurii și o nouă comunicare, ambele având ca obiect anularea procedurii.

Subliniază că autoritatea a invocat că se află în imposibilitatea încheierii contractului, îndeplinirea clauzei suspensive și un document intitulat punct de vedere nr.... elaborat de... către....

Menționează că, totodată, aceasta a invocat a fi incidente prevederile art. 211 lit. b) coroborate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Astfel, contestatorul a solicitat autorității să-i pună la dispoziție punctul de vedere invocat în raportul procedurii, solicitare față de care, autoritatea l-a invitat pe contestator la sediul său pentru a beneficia de dreptul de acces neîngrădit la dosarul achiziției.

Din punctul său de vedere, măsura adoptată de autoritatea contractantă este nelegală, având în vedere că:

Autoritatea contractantă are, potrivit art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, dacă, încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.

Aceasta a motivat anularea procedurii în baza textului de lege art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, text care obligă autoritatea la anulare, dacă „este imposibilă încheierea contractului”.

În opinia sa, procedura se află în desfășurare, iar această conduită a autorității contractante este incompatibilă cu teza susținută ulterior prin comunicarea din..., potrivit căreia expirarea termenului de 10 luni ar fi făcut imposibilă încheierea contractului încă de la data de....

Apreciază că, daca expirarea termenului de 10 luni ar fi produs efectul juridic absolut și ireversibil invocat de autoritate, solicitările succesive privind menținerea ofertei și a garanției valabile, ar fi fost lipsite de orice obiect și de orice finalitate juridică.

Consideră că nu ar fi existat niciun motiv legal pentru care ofertantului declarat câștigător să îi fie solicitată menținerea ofertei și a garanției pentru încă 180 de zile, dacă autoritatea considera că respectiva ofertă nu mai putea conduce, în nicio împrejurare, la încheierea contractului de execuție lucrări.

În opinia acestuia, clauza suspensivă este un drept de opțiune și nu o obligație automată de anulare (conform jurisprudenței CNSC).

Consideră că este exclusiv formalistă aplicarea clauzei suspensive; după dispariția situației de fapt, reprezintă o aplicare excesiv formalistă, contrara scopului acesteia și dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Făcând trimitere la dispozițiile art. 2 din Legea nr. 98/2016, contestatorul invocă încălcarea principiului proporționalității și al eficienței utilizării fondurilor publice, menționând că anularea unei proceduri finalizate cu succes, în condițiile în care ambele părți își doresc semnarea iar fondurile europene sunt disponibile, constituie o încălcare flagrantă a principiilor achizițiilor publice. De asemenea, afirmă că, în opinia sa, reluarea procedurii de la zero ar genera costuri administrative masive, ar risipi timp critic și ar pune în pericol calendarul de implementare aprobat de Autoritatea de Management, generând riscul pierderii definitive a finanțării din cauza nerespectării termenelor proiectului mare.

Arată că, atribuirea procedurii anulate, de la data inițierii acesteia în SEAP și până la emiterea raportului procedurii nr...., a durat 6 luni de zile, iar programul de finanțare, respectiv... - POR, este pe perioada POR..., adică se pierd fondurile.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere față de contestația depusă de..., solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată. În prealabil, autoritatea face o scurtă prezentare a situației de fapt și invocă jurisprudența apreciată de aceasta ca fiind relevantă în susținerile sale. Menționează că expirarea termenului imperativ de 10 luni pentru obținerea finanțării a atras obligația legală și automată de anulare a procedurii de achiziție, astfel că semnarea ulterioară a contractului ar fi fost discreționară și ar fi încălcat principiile fundamentale de ordine publică ale concurenței egale.

Din punctul său de vedere, anularea procedurii nu reprezintă o manifestare discreționară de voință a autorității și nici o renunțare la obligația de contractare, ci efectul procedural obligatoriu al imposibilității juridice de a încheia contractul. E de părere că, odată anulată procedura, obligația legală de a semna contractul atribuit prin acea procedură nu mai poate subzista, deoarece, dispare cadrul juridic în care ea putea fi executată. Autoritatea menționează că neîndeplinirea condiției privind obținerea finanțării în termenul de 10 luni, atrage stingerea obligației legale de a încheia contractul de achiziție publică în cadrul procedurii respective, stingere care se produce prin coroborarea efectului condiției neîndeplinite, prevăzut de art.... alin. (2) din Codul civil, cu

efectul procedural special al anulării obligatorii prevăzut de art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016.

În continuare, autoritatea dezbate punctual argumentele contestatorului, privind următoarele argumente:

1. În ceea ce privește „Clauza suspensivă este un drept de opțiune și nu o obligație automată de anulare”, evidențiază că obligația de anulare a procedurii, fiind o obligație născută în considerarea unor principii de ordine publică ale achizițiilor publice, nu poate fi considerată încetată/stinsă/inexistentă ca urmare a acțiunilor părților ulterioare momentului în care această obligație a luat naștere de jure. Ordinea publică se opune categoric unei astfel de concluzii.

2. Referitor la „... și al eficienței utilizării fondurilor publice”, subliniază că, din punctul său de vedere, acest principiu nu poate fi utilizat pentru încălcarea unor norme de ordine publică, chiar dacă o astfel de încălcare ar fi mai eficientă din punct de vedere economic. Substanța principiului utilizării eficiente a fondurilor publice pretinde aprioric o utilizare legală. Apoi, după testul legalității trebuie să se aleagă cea mai eficientă cale de utilizare. Dacă, însă, utilizarea nu este legală, atunci principiul nu este incident.

3. Solicită respingerea argumentelor aduse față de pretinsa nemotivare a deciziei de anulare, precizând că adresa de comunicare nr.... este nu doar motivată, ci și temeinic motivată, în sensul că, evocă deplin argumentele care au condus la anularea procedurii pe motiv că nu se poate modifica de facto și post factum o regulă stabilită de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, indicându-se, totodată și temeiul juridic al anulării.

Autoritatea contractantă susține că decizia dificilă de a anula procedura a fost luată după o analiză riguroasă a argumentelor și consultarea specialiștilor, deoarece, riscurile juridice majore și iminența unor corecții financiare depășeau beneficiul economic al semnării contractului, solicitând respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției, pe suport electronic.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr...._... din data de..., în cuantum de..., eliberată de BRD-GSG.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...”.

Procedând la soluționarea contestației depuse de..., se reține că, acesta critică decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, consemnată în Raportul procedurii nr.... și comunicată prin adresa nr....., motiv pentru care, Consiliul va analiza în cele ce urmează

motivele invocate de autoritatea contractantă în raport cu legislația în materie.

Astfel, potrivit documentelor mai sus iterate și a punctului de vedere al autorității contractante, se reține că:

Autoritatea contractantă, ... a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„..."..., în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare CN1... /..., conform* căruia valoarea estimată a procedurii este....

Se reține de asemenea, că autoritatea contractantă la momentul inițierii procedurii nu avea asigurată o sursă de finanțare, motiv pentru care în cadrul Anunțului de participare, la pct. VI.3), secțiunea *„Informații suplimentare",* a prevăzut următoarea clauză suspensivă:

*„În cazul în care, **indiferent de motive**, obținerea/aprobarea **finanțării** serviciilor și lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile **nu se realizează în maxim 10 luni de la data transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii** de atribuire, **AC va aplica** prevederile art.212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr.98/2016, **fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică**. Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că AC nu poate fi considerată răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă AC 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, dar si cu eventualele prejudicii produse de contractant AC pentru neîndeplinirea la timp a oblig. contractuale."*

Procedura s-a finalizat prin raportul procedurii **nr...., fiind decl**arată câștigătoare oferta depusă de asocierea..., dar, datorită lipsei finanțării la acel moment, contractul de proiectare și execuție nu a fost semnat, aprobarea finanțării fiind materializată abia prin Contractul de finanțare SMIS... semnat de AM (Autoritatea de Managemen**t) în data** de... și de Beneficiar în data de....

Ulterior, prin Raportul procedurii **nr...., autoritatea** contractantă decide anularea procedurii, deci, după expirarea termenului de 10 luni de la data transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, aplicând prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, teza II-a, care dispun: „Autoritatea co*ntractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri(...)*

*c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire **sau dacă este imposibilă încheierea contractului**".*

Consiliul reține că, indiferent de argumentația expusă privind cronologia faptică și motivarea anulării procedurii, un singur lucru este cert, faptul că, la momentul inițierii procedurii nu a existat sursa de

finanțare asigurată, autoritatea contractantă bazându-se pe un eveniment viitor și incert care nu s-a înfăptuit, iar, la împlinirea celor 10 luni de la data transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, **nu a făcut aplicarea prevederilor art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016**, încălcând astfel principiile tratamentului egal și a transparenței consacrate de prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În speță, anularea procedurii, deși tardivă, este singura măsura care se impune prin raportare la clauzele stabilite prin documentația de atribuire, fără a fi încălcate principiile tratamentului egal și transparenței, prevederile legislației naționale reproduse anterior și jurisprudența comunitară, care a statuat, în mod repetat, obligația respectării documentației de atribuire, atât de către ofertanți în etapa de elaborare a ofertelor, cât și de către autoritatea contractantă în activitatea de evaluare a ofertelor depuse.

În cauza... împotriva... (C-.../15) considerentele 39 și 47, CJUE a statuat: „(39) Astfel, *conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2...4/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie....., C-336/12, EU: C:...:.., punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie..., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU: C:...:..., punctele 42 și...). (...) (47) În ceea ce privește argumentul întemeiat pe faptul că CRGT furnizase deja anterior serviciile care făceau obiectul cererii de ofertă și, în consecință, putea cunoaște existența contribuției în discuție în litigiul principal, este suficient să se constate că principiul egalității de tratament și obligația de transparență, care constituie corolarul acestuia, ar fi vădit încălcate în cazul în care un astfel de operator ar fi supus unor criterii care nu sunt stabilite prin cererea de ofertă și care nu ar fi aplicabile unor operatori noi."*

Consiliul are în vedere faptul că prevederile documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, sunt obligatorii atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Din jurisprudența comunitară invocată anterior rezultă că autoritatea contractantă nu-și poate ignora propriile reguli stabilite în documentația de atribuire și acceptate de către ofertanți prin depunerea ofertelor. Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, **autoritatea contractantă nu și-a respectat, în fapt, propria documentație de atribuire**, alegând să anuleze procedura abia după aprox. 20 de luni de la expirarea celor 10 luni, creând astfel premisele unor circumstanțe artificiale de **favorizare a contestatorului.**

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 regăsindu-se **situația imposibilității încheierii contractului**. 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 regăsindu-se opțiunea anulării urmare a imposibilității încheierii contractului.

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 în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, în speța de față, datorată lipsei asigurării sursei de finanțare la împlinirea termenului de 10 luni de la data transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire.

Concluzionând, Consiliul determină că, deși tardiv, organizatoarea procedurii a procedat în mod legal și temeinic la anularea licitației, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri și nici pentru obligarea autorității contractante la continuarea procedurii.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu ..... va menține decizia autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu ....., pe cale de consecință, menține decizia autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	...	Consilier de soluționare
...	...	...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.