CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

I. Prin contestaţia nr. 942/21.06.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 25587/22.06.2018, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ..., CIF RO ..., reprezentată legal de către ..., în calitate de director comercial, împotriva adresei nr. 26285/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitaţie deschisă, desfăşurată online, divizată pe loturi – **loturile 1şi 3**, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect „Straturi rutiere foarte subţiri (slam 2 straturi) şi marcaj rutier – ...”, se solicită anularea adresei nr. 26285/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire şi a tuturor actelor subsecvente măsurii de anulare a procedurii de atribuire, să se constate că este nelegală măsura anulării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă putând, după caz, să dispună, în raport cu situaţia de fapt şi de drept eventuale măsuri de remediere/corectare a erorilor identificate şi nu de anulare a procedurii de atribuire, obligarea autorităţii contractante la finalizarea prezentei proceduri de achiziţie publică, cu respectarea dispoziţiilor legale, prin încheierea acordului cadru, precum şi accesul la dosarul achiziţiei publice, constituindu-se dosarul nr. 2137/2018.

II. Prin contestaţia nr. 941/21.06.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 25669/25.06.2018, formulată de către ..., cu sediul în ..., împotriva adresei nr. 26291/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire, emisă către aceeaşi autoritate contractantă, respectiv ..., cu sediul în ..., în cadrul aceleiaşi proceduri de achiziţie publică, **lotul 2**, se solicită anularea adresei nr. 26291/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire şi a tuturor actelor subsecvente

măsurii de anulare a procedurii de atribuire, să se constate că este nelegală măsura anulării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă putând, după caz, să dispună, în raport cu situaţia de fapt şi de drept eventuale măsuri de remediere/corectare a erorilor identificate şi nu de anulare a procedurii de atribuire, obligarea autorităţii contractante la finalizarea prezentei proceduri de achiziţie publică, cu respectarea dispoziţiilor legale, prin încheierea acordului cadru, precum şi accesul la dosarul achiziţiei publice, constituindu-se dosarul nr. 2140/2018.

Având în vedere dispoziţiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestaţiile formulate în cadrul aceleiaşi etape a procedurii de atribuire vor fi conexate pentru a se pronunţa o soluţie unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. 2137/2018 şi nr. 2140/2018, contestaţiile înregistrate la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 25587/22.06.2018 şi nr. 25669/25.06.2018, urmând a fi soluţionate în cadrul dosarului nr. 2137/2018.

Procedura de soluţionare în faţa Consiliului s-a desfăşurat în scris.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţiile de faţă, prin care ofertantul ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... critică adresa nr. 26285/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire, vizând loturile 1 şi 3 şi adresa nr. 26291/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire, vizând lotul 2.

I. Prin contestaţia nr. 942/21.06.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 25587/22.06.2018, ... critică adresa nr. 26285/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire, vizând loturile 1 şi 3, învederând în motivare următoarele:

În fapt, contestatorul arată că, autoritatea contractantă ... a iniţiat prezenta procedură de achiziţie publică la data de 27.01.2018, în acest sens publicând în S.E.A.P. anunţul de participare nr. ....

Asocierea ... - ... a participat în calitate de ofertant la procedura de atribuire în cauză, pentru loturile 1 şi 3, însă ulterior depunerii ofertelor şi înainte de desemnarea ofertantului câştigător, autoritatea contractantă i-a adus la cunoştinţă, prin adresa nr. 26285/12.06.2018 că procedura de achiziţie publică a fost anulată, pentru loturile 1 şi 3, în conformitate cu dispoziţiile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatorului, măsura anulării procedurii de atribuire, pentru loturile 1 şi 3, este nelegală şi netemeinică, pentru următoarele considerente:

Cu privire la interesul legitim în formularea prezentei contestaţii, S.C. VIAROM S.R.L arată că, potrivit fişei de date a achiziţiei, capitolul IV.2.1) – „Criterii de atribuire”, s-a stabilit ca desemnarea ofertei câştigătoare să fie realizată prin aplicarea criteriului de atribuire „preţul cel mai scăzut”.

Conform documentelor Sumar licitaţie deschisă - Loturile 1 şi 3, clasamentul preliminar situa oferta ... pe primul loc, cu un preţ ofertat pentru execuţia contractului aferent lotului 1, în valoare de 19.077.622,48 lei, fără T.V.A. şi un preţ pentru contractul aferent lotului 3, în valoare de 17.957.286,76 lei, fără T.V.A.

Aşadar, prin aplicarea criteriului de atribuire stabilit prin documentaţia de atribuire, ofertele asocierii ... - ... pentru loturile 1 şi 3 ar putea fi desemnate câştigătoare, întrucât au cel mai mic preţ justificat, acesta fiind folosul practic pe care prezentul demers îl poate aduce ..., lider de asociere.

Mai mult decât atât, contestatorul susţine că autoritatea contractantă are obligaţia de a informa operatorii economici cu privire la decizia anulării procedurii de atribuire, prin intermediul unei comunicări a rezultatului procedurii, elaborate şi transmise cu respectarea dispoziţiilor art. 215 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce priveşte motivele invocate de către autoritatea contractantă, ca fiind la baza măsurii anulării prezentei proceduri de achiziţie publică, pentru loturile 1 şi 3, ... precizează că acestea nu se încadrează în condiţiile de anulare a procedurii de atribuire, prevăzute la art. 212 alin. (1), lit. c) şi alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, motivele avute în vedere de către autoritatea contractantă, aşa cum rezultă acestea din adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 26285/12.06.2018, vizează faptul că documentaţia de atribuire întocmită conţine operaţia tehnologică „amorsare a stratului de bază” (operaţiune tehnologică care se execută, conform AND 523-2003, doar în situaţia în care îmbrăcămintea de bază este din beton de ciment), iar toate sectoarele de drum pe care se vor executa straturile bituminoase foarte subţiri au îmbrăcăminţi bituminoase şi nu îmbrăcăminţi din beton ciment.

Faţă de cele expuse anterior, ... solicită Consiliului să constate că situaţia de fapt mai sus menţionată nu se circumscrie cazului de anulare a procedurii de atribuire, având în vedere că:

Eroarea indicată nu este de natură a împiedica continuarea procedurii, prin încheierea acordului cadru, atâta vreme cât preţurile ofertate de către participanţi nu depăşesc valoarea estimată a contractului şi nici nu este influenţat în vreun fel clasamentul ofertelor, contractul de achiziţie publică neputând fi atribuit, în mod evident, decât acelui operator economic care a depus o ofertă admisibilă, în sensul H.G. nr. 395/2016 şi care, în baza criteriului de atribuire, obţine cel mai bun punctaj.

Ofertanţii nu au contestat procedura tehnică de amorsare strat de bază din caietul de sarcini, invocată de către autoritatea contractantă, ca motiv de anulare a procedurii, toate ofertele fiind conforme cu cerinţele acestuia, neexistând premise dovedite pentru încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 şi nici motive de anulare a procedurii de achiziţie publică.

Autoritatea contractantă a considerat că prezenta procedură de achiziţie publică este viciată, deoarece s-ar fi constatat o eroare în cuprinsul caietului de sarcini, cu referire la o operaţie din procesul tehnologic

(amorsarea stratului de bază), care se realizează în anumite condiţii, care nu se vor regăsi, în realitate, pe drumurile pe care se vor executa îmbrăcăminţi din beton de ciment.

Prin răspunsul la clarificări vizând documentaţia de atribuire nr. 9520/16.02.2018, semnat de directorul regional al ..., cu referire la speţa în cauză, autoritatea contractantă a clarificat modul de soluţionare a operaţiunii de pregătire a stratului suport, menţionându-se că decontarea să se facă numai dacă se va executa amorsarea:

1-7	01.02.2018	În caietul de sarcini pentru Straturi bituminoase foarte subţiri la rece, la punctul 3.1.2. Pregătirea stratului suport, respectiv 3.1.2.4 c) „amorsarea se execută după uscarea stratului suport spălat şi numai pentru îmbrăcăminţi din beton ciment”. Din listele de cantităţi rezultă că, amorsarea se execută indiferent de tipul stratului suport. Vă rugăm să clarificaţi.	Da, amorsarea se execută după curăţirea stratului suport şi amorsarea se execută, conform normativului AND 523/2003, doar pe îmbrăcăminţi din beton asfaltic. Veţi oferta conform devizului anexat, iar decontarea se va realiza doar dacă se va executa amorsarea pe stratul suport.

Pe cale de consecinţă, nu este sustenabil motivul de anulare, invocat de către autoritatea contractantă, potrivit căruia *"Ofertanţii participanţi ia procedura de achiziţie publică din perioada 2015 - 2016 şi-au întocmit oferta în conformitate cu documentaţia de atribuire, iar operaţia tehnologică <<amorsare strat de bază>> s-a executat şi decontat în cadrul tuturor contractelor subsecvente aferente acordurilor cadru încheiate cu promitenţii executanţi declaraţi câştigători. Prin urmare, s-au făcut plăţi nejustificate ca urmare a întocmirii unor devize de lucrări (liste de cantităţi) conţinând operaţii tehnologice incluse nejustificat".*

Este evident astfel, că în considerarea răspunsului la clarificări mai sus enunţat, precum şi a prevederilor AND 523 – 2003, nu va putea fi incidentă situaţia decontării nejustificate a operaţiunii tehnologice „amorsare strat de bază".

În atare context, contestatorul consideră că nu se justifică măsura anulării procedurii, autoritatea contractantă neriscând să înregistreze vreo cheltuială neeligibilă în cadrul proiectului, întrucât, prin răspunsul la clarificări, s-a specificat, în mod clar, că decontarea se va realiza doar dacă se va executa amorsarea stratului suport. Or, în contextul în care nu va fi necesar să se execute amorsarea stratului suport, menţionarea acestei operaţiuni tehnologice nu este de natură a produce vreo consecinţă economică sau să afecteze în vreun fel procedura de atribuire şi execuţia contractului.

Pe de altă parte, contestatorul apreciază că realizarea de lucrări de „amorsare strat de bază” este posibil să fie necesară şi în cazul straturilor bituminoase foarte subţiri, executate la cald, pentru următoarele motive:

La art. 31 alin. (3), lit. b) din Normativul AND 523 – 2003, la care face referire autoritatea contractantă se stipulează următoarele: *„amorsarea se execută uniform, prin stropire mecanizată cu emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă într-o cantitatea care să asigure un bitum residual de 0,3-0,5 kg/mp (în funcţie de porozitatea stratului suport). Conform acestui punct se presupune existenţa unui strat suport poros pentru a se executa amorsarea stratului suport”.*

În conformitate cu normativul AND 547/2013 (Prevenirea şi remedierea defecţiunilor la îmbrăcăminţile moderne), suprafaţa poroasă reprezintă o defecţiune a suprafeţei de rulare. A se vedea în acest sens Capitolul II – „Defecţiuni ale îmbrăcăminţilor bituminoase, prevenirea şi remedierea acestora”. Totodată, aceste defecţiuni sunt considerate defecţiuni uşoare, conform Tabelului 2, de la art. 10 din AND 547/2013.

La art. 19 din AND 547/2013, este prezentată metodă de remediere a suprafeței poroase: *„remedierea suprafeţelor poroase ale îmbrăcămintei bituminoase se realizează prin aplicarea tehnologiilor prevăzute în Anexa 1, fişa tehnică 1.3.”*

În această Fişă tehnică sunt prezentate Tehnologii pentru remedierea suprafeţelor poroase, iar la art. 2 al secţiunii 1 – „Obiect şi domeniu de aplicare”, din Fişa tehnică nr. 1.3., se pot observa tehnologiile pentru tratarea suprafeţelor poroase, printre care se numără şi straturi bituminoase foarte subţiri executate la rece, conform Normativ AND 523, după cum urmează:

„Tehnologiile pentru tratarea suprafeţelor poroase sunt:

- *Badijonarea cu emulsie bituminoasă cationică a suprafeţelor poroase;*
- *Tratament bituminos simplu executat la cald sau la rece, conform SF 599;*
- *Straturi bituminoase foarte subţiri la rece, conform Normativ indicativ AND 523;*
- *Covor asfaltic din mixturi asfaltice, conform Normativ indicativ AND 605.”*

Astfel, chiar dacă la art. 31 alin. (3), lit. c) din Normativul AND 523, se precizează: „*amorsarea se execută după uscarea stratului suport spălat şi numai pe îmbrăcăminţile din beton de ciment”*, contestatorul consideră că acest punct trebuie corelat cu menţiunile de la lit b) ale aceluiaşi articol, pentru că aşa cum se poate constata din Normativul AND 547 suprafaţa poroasă este specifică îmbrăcăminţilor asfaltice, adică suprafeţelor din beton asfaltic.

Or, exact în acest sens a răspuns autoritatea contractantă prin clarificarea nr. 9520/16.02.2018 mai sus citată: "*da, amorsarea se execută după curăţarea stratului suport şi amorsarea se execută conform normativului AND 523/2003 doar pe îmbrăcăminţi din beton asfaltic. Veţi oferta conform devizului anexat, iar decontarea se va realiza doar dacă se va executa amorsarea pe stratul suport*".

Prin urmare, operaţiunea de amorsare strat de bază ar putea fi des întâlnită şi la straturile bituminoase foarte subţiri, în situaţia de la art. 31 alin. (3), lit. b) din AND 523, respectiv în situaţia tratării suprafeţelor poroase, astfel încât să fie asigurată furnizarea unor lucrări în condiţii de calitate corespunzătoare.

Or, răspunsul la clarificări nr. 9520/16.02.2018, este unul corect şi edificator, în ce priveşte condiţiile executării şi decontării lucrărilor de amorsare strat de bază, sens în care nu se justifică măsura anulării procedurii.

În continuarea prezentei contestaţii, ... mai arată că, de la data publicării anunţului de participare, 27.01.2018 şi până la data deschiderii ofertelor financiare nu s-a înregistrat nicio erată cu privire la vicii în documentaţia de atribuire, niciun reprezentant al autorităţii contractante nu a consemnat vreo observaţie, referitoare la eventuale erori în documentaţia de atribuire.

Pe cale de consecinţă, viciul invocat ca motiv de anulare a procedurii, nu poate fi apreciat decât ca o culpă a autorităţii contractante, sens în care nu poate fi invocată în favoarea acesteia.

Totodată, contestatorul susţine că erorile din cadrul documentaţiei de atribuire, constatate tardiv de către autoritatea contractantă şi comise din culpa acesteia, nu mai pot fi puse în discuţie, legalitatea documentaţiei de atribuire în această fază a procedurii nemaiputând fi invocată. Astfel, anularea procedurii de atribuire nu se poate dispune în baza unor motive care se regăsesc la discreţia autorităţii contractante.

Având în vedere că autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii de atribuire, raportat la circumstanţe pe care aceasta singură le-a creat, contestatorul apreciază că au fost încălcate prevederile art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, precum şi principiile care guvernează materia achiziţiilor publice, în speţă principiul transparenţei, al tratamentului egal, al nediscriminării, proporţionalităţii şi asumării răspunderii, stipulate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Or, în virtutea principiului de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, nimeni nu poate sa invoce în susţinerea intereselor sale propria culpă şi nici să se apere folosind un asemenea temei.

Nu în ultimul rând, contestatorul menţionează că, potrivit comunicării contestate, Procesul verbal al Departamentului de Control – Serviciul Control Financiar şi de Gestiune din cadrul ... a fost întocmit pentru o procedură de atribuire anterioară celei în discuţie, respectiv pentru acorduri cadru aferente perioadei 2015-2016 şi nu procedura de atribuire în cauză.

Prin urmare, actul administrativ în discuţie nu este opozabil prezentei proceduri de achiziţie publică.

Mai mult decât atât, din raportul procedurii şi din comunicarea contestată rezultă că procesul verbal al ... este anterior demarării procedurii de atribuire în cauză, întrucât vizează documentaţia de atribuire a unor acorduri cadru din 2015-2016. Acest faprt denotă că autoritatea contractantă avea cunoştinţă de procesul verbal, înainte de demararea

prezentei proceduri de achiziţie publică şi cu toate acestea, procedura de atribuire a fost publicată în S.E.A.P., fără a se ţine cont de menţiunile din procesul verbal al ...

În acest context, este evident, odată în plus, faptul că autoritatea contractantă invocă ca motiv de anulare propria culpă.

De asemenea, contestatorul subliniază că adoptarea măsurii de anulare a procedurii are consecinţe prejudiciabile, atât pentru participanţii la procedura de achiziţie publică, cât şi pentru interesele autorităţii contractante, întrucât, potrivit prevederilor documentaţiei de atribuire, scopul iniţierii acestei proceduri a fost de a se asigura respectarea unui deziderat comunitar, de eficientizare a utilizării fondurilor, continuarea procedurii de atribuire cu încheierea contractului fiind singura cale prin care autoritatea contractată poate să beneficieze de fonduri. Astfel, măsura de anulare a procedurii este vădit nelegală şi contravine scopului final al investiţiei, şi anume realizarea obiectului investiţiei în interesul public.

Anularea procedurii este nelegală prin prisma prejudiciul de ordin public pe care această măsură îl generează, sens în care ... învederează prioritatea interesului public, astfel cum acesta este definită şi impusă prin Legea nr. 477/2004 privind Codul de conduită a personalului contractual din autorităţile şi instituţiile publice.

Totodată, decizia de anulare a procedurii de atribuire este nelegală şi netemeinică, întrucât este prejudiciat interesul operatorilor economici care au depus oferte în cadrul procedurii de achiziţie, printre care şi ..., prejudiciul cauzat acestora fiind reprezentat de consumurile de timp şi resurse pentru întocmirea ofertelor şi participarea la procedura de achiziţie publică.

Actul de refuz privind continuarea procedurii de atribuire şi, implicit, de încheiere a acordului cadru, reprezintă, pentru contestator o gravă vătămare a propriilor interese.

În acelaşi sens cu cele prezentate mai sus, contestatorul consideră că anularea procedurii de atribuire, după data deschiderii ofertelor financiare, este prejudiciabilă pentru societatea sa, detaliile ofertelor sale fiind cunoscute, în special în condiţiile în care ofertele asocierii ... - ..., depuse pentru loturile 1 şi 3, aveau şanse reale de a fi declarate câştigătoare, potrivit clasamentului preliminar.

Prin reluarea procedurii de atribuire, având acelaşi obiect, autoritatea contractantă se expune riscului de a primi oferte, ale căror indicatori de evaluare să fie vădit influenţaţi de faptul că fiecare dintre ofertanţi cunoaşte valorile celorlalţi ofertanţi şi astfel, prin modificări artificiale, care nu ar putea avea în final acoperire tehnologică şi economică, să fie încălcate grav prevederile art. 2 alin. (1) Legea 98/2016.

Raportat la aspectele expuse mai sus, ... concluzionează că nu sunt întrunite condiţiile prevăzute la art. 212 alin. (1), lit. c), coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, abaterea semnalată nefiind de natură a justifica anularea procedurii de atribuire, întrucât nu s-a adus atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziţie publică,

procedura fiind una transparentă şi competitivă, autoritatea contractantă putând lua eventuale măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016

Prevederile articolelor invocate mai sus, pe care autoritatea contractantă şi-a întemeiat măsura anulării, nu sunt aplicabile, întrucât nu sunt îndeplinite condiţiile cumulative stipulate de acestea, respectiv : *„a) pe parcursul procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni; şi b) autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).”*

Astfel, în acord cu cele menţionate mai sus, chiar dacă s-ar considera că documentaţia de atribuire ar conţine o eroare (deşi este posibilă execuţia unor lucrări de amorsare strat de bază şi de la straturile bituminoase foarte subţiri, în situaţia de la art. 31 alin. (3), lit. b) din AND 523), această eventuală eroare nu încalcă vreunul dintre principiile de la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în această etapă a procedurii, eroare nu este de natură a afecta aplicarea criteriului de atribuire şi execuţia contractului, în condiţiile în care există o clarificare emanată de la autoritatea contractantă, vizând documentaţia de atribuire, potrivit căreia decontarea lucrărilor de amorsare strat de bază se va efectua doar dacă astfel de lucrări au fost executate, iar execuţia lucrărilor de amorsare se poate efectua doar conform AND 523-2003 şi a AND 547/2013.

Pe de altă parte, nu au fost formulate contestaţii împotriva documentaţiei de atribuire pe acest subiect, de către alţi posibili participanţi, pe motivul că le este îngrădit dreptul de a participa la procedură din cauza unor eventuale erori din documentaţia de atribuire, de natura celor care fac obiectul comunicării contestate.

Mai mult decât atât, contestatorul arată că nu este întrunită condiţia cumulativă, prevăzută art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, referioare la imposibilitatea adoptării de măsuri corective care să nu ducă la încălcarea aceloraşi principii, în condiţiile în care, chiar şi dacă s-ar impune o eventuală rectificare, aceasta nu ar crea dezechilibre între participanţii la procedură din această fază a evaluării ofertelor şi ar fi, dimpotrivă, de natură, pe de o parte, să respecte principiile transparenţei şi proporţionalităţii, iar, pe de altă parte, să salvgardeze procedura de achiziţie derulată până în această etapă.

Interdicţiile de modificare a documentaţiei de atribuire au scop preventiv, de a proteja participanţii la procedură de eventualele abuzuri ale autorităţii contractante, însă este evidentă raţiunea interdicţiei şi prioritatea acordată de legiuitor aplicării unei măsuri corective, inclusiv prin modificarea documentaţiei de atribuire, faţa de interdicţia generică de modificare a documentaţiei.

În analizarea măsurilor care se impun, raportat la situaţia de fapt, de eventuală corectare şi nu de anulare a procedurii de atribuire, trebuie avut în vedere totodată, faptul că unicitatea soluţiei tehnico financiare ofertate de către fiecare participant la procedură, în cazul organizării celei de-a doua

proceduri de încheiere a acordului cadru, nu va permite ofertanţilor să ofere alţi parametrii decât cei deja prezentaţi, astfel încât o eventuală măsură de remediere apare cu necesitate în detrimentul măsurii anulării.

Pentru toate aceste considerente, ... solicită Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor să constate că motivele invocate de către ... în susţinerea deciziei sale de anulare a procedurii de atribuire, pentru loturile 1 şi 3, sunt de natura „circumstanţelor artificiale de anulare a procedurii", astfel cum sunt acestea reglementate de art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă interpretând abuziv prevederile art. 212 alin. (1), lit. c) şi alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin fundamentarea deciziei de anulare a procedurii, pe motiv că operaţiunile de amorsare nu pot fi executate în cazul straturilor bituminoase foarte subţiri.

Pe cale de consecinţă, asocierea ... - ... solicită Consiliului să constate că măsura autorităţii contractante de anulare a procedurii de atribuire este nelegală, neîntemeiată, neprobată şi complet nefundamentată şi că, în speţa de faţă, se impune anularea adresei nr. 26285/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire a actelor subsecvente acestuia, precum şi obligarea autorităţii contractante la finalizarea, în mod legal de procedurii de atribuire, loturile 1 şi 3, cu respectarea dispoziţiilor legale în materie.

În probaţiune, contestatorul a depus la dosarul cauzei, în copie, înscrisuri.

Raportat la data luării la cunoştinţă a comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire, respectiv 12.06.2018, la valoarea estimată a achiziţiei şi la termenul de 10 zile prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2018, ... solicită Consiliului să constate că data depunerii prezentei contestaţii se încadrează în termenul legal stabilit de legiuitor.

În drept, ... invocă dispoziţiile Legii nr. 101/2016, pe cele ale Legii nr. 98/2016, pe cele ale H.G. nr. 395/2016, precum şi celelalte acte normative menţionate în cuprinsul contestaţiei.

II. Prin contestaţia nr. 941/21.06.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 25669/25.06.2018, ... critică adresa nr. 26291/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire, vizând lotul 2, emisă către aceeaşi autoritate contractantă, respectiv ..., învederând, în motivare, aceleaşi argumente prezentate şi în cuprinsul contestaţiei nr. 942/21.06.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 25587/22.06.2018, vizând loturile 1 şi 3 din cadrul prezentei proceduri de achiziţie publică.

Concluzionând, ... solicită următoarele: anularea adresei nr. 26291/12.06.2018, privind rezultatul procedurii de atribuire şi a tuturor actelor subsecvente măsurii de anulare a procedurii de atribuire, să se constate că este nelegală măsura anulării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă putând, după caz, să dispună, în raport cu situaţia de fapt şi de drept eventuale măsuri de remediere/corectare a erorilor identificate şi nu de anulare a procedurii de atribuire, obligarea autorităţii contractante la finalizarea prezentei proceduri de achiziţie publică, cu respectarea dispoziţiilor legale, prin încheierea acordului cadru, precum şi accesul la dosarul achiziţiei publice

În drept, ... invocă dispoziţiile Legii nr. 101/2016, pe cele ale Legii nr. 98/2016, pe cele ale H.G. nr. 395/2016, precum şi celelalte acte normative menţionate în cuprinsul contestaţiei.

La dosarul cauzei, în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a fost depus punctul de vedere al autorităţii contractante nr. 28843/26.06.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 26643/29.06.2018, referitor la contestaţiile formulate de către ..., cu privire la loturile 1, 2 şi 3, prin care se precizează următoarele :

Astfel, autoritatea contractantă arată că, prin adresele nr. 941/21.06.2018 şi nr. 942/21.06.2018, înregistrate la sediul ... cu nr. 28428/22.06.2018 şi nr. 28441/22.06.2018, ... i-a adus la cunoştinţă despre contestaţiile împotriva comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 26291/12.06.2018 (lot 2) şi nr. 26285/12.06.2018 (loturile 1 şi 3).

Faţă de criticile contestatorului ..., vizând comunicările nr. 26291/12.06.2018 (lot 2) şi nr. 26285/12.06.2018 (loturile 1 şi 3), autoritatea contractantă aduce la cunoştinţa Consiliului următoarele:

... a anulat, în mod corect, prezenta procedură de achiziţie publică, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1), lit. c), coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât *„încălcarea prevederilor legale afectează procedura de atribuire*", iar autoritatea contractantă se afla în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că procesul verbal, întocmit de către Departamentul de Control – Serviciul Control Financiar de Gestiune din cadrul ... S.A. a fost realizat pe timpul evaluării ofertelor, ... neavând cunoştinţă de acesta pe timpul întocmirii răspunsurilor la clarificări la documentaţia de atribuire.

Prin procesul verbal, întocmit de către Departamentul de Control – Serviciul Control Financiar de Gestiune din cadrul ... S.A., s-au constatat deficienţe la întocmirea documentaţiei de atribuire şi atribuirea acordurilor cadru pentru perioada 2015-2016 pentru Lucrări de straturi bituminoase foarte subţiri executate la rece, respectiv includerea nejustificată a operaţiei tehnologice de „amorsare a stratului de bază în vederea aplicării straturilor bituminoase foarte subţiri cu emulsie bituminoasă cationică" şi decontarea acesteia pe drumurile din îmbrăcăminte asfaltică. Această operaţiune tehnologică se execută, conform Normativului AND 523-2003, doar în situaţia în care îmbrăcămintea stratului de bază este din beton ciment. În condiţiile în care, îmbrăcămintea stratului de bază, pentru toate sectoarele de drum selectate pentru aşternerea straturilor bituminoase foarte subţiri, nu este din beton ciment, acest articol de deviz nu trebuia prevăzut şi nici preţuit.

Documentaţia de atribuire, aferentă procedurii de atribuire în cauză, conţine operaţia tehnologică de „amorsare a stratului de bază", iar toate sectoarele de drum pe care se vor executa straturile rutiere bituminoase

foarte subţiri au îmbrăcăminţi bituminoase şi nu îmbrăcăminţi din beton ciment.

Prin urmare, documentaţia de atribuire, în speţă devizele de lucrări (listele de cantităţi), nu a fost întocmită în conformitate cu Normativul 523-2003 privind execuţia straturilor bituminoase foarte subţiri la rece.

Prin procesul verbal menţionat anterior, s-au constatat plăţi nejustificate către societăţile care au executat lucrările de straturi bituminoase foarte subţiri în perioada 2015-2016, iar recuperarea sumelor se face de la salariaţii răspunzători de întocmirea documentaţiei de atribuire şi derularea contractului: *„**Măsura nr. 33**: Recuperarea de la salariaţii identificaţi răspunzători a sumei de 1.105.111,84 lei, plătită nejustificat societăţilor care au executat lucrările de straturi bituminoase foarte subţiri în perioada 2015-2016. **Măsura nr. 34**: extinderea verificărilor pentru lucrările executate în baza contractelor subsecvente încheiate în anul 2017, în baza acordurilor- cadru încheiate în anul 2015 şi recuperarea sumelor de la salariaţii identificaţi în derularea acordurilor cadru 2015-2016”.*

După cum se poate constata din cele expuse anterior, anularea prezentei proceduri de achiziţie publică nu are legătură cu ofertanţii participanţi la procedură, ci cu „protejarea” salariaţilor şi a autorităţii contractante de a nu deconta plăţi nejustificate, prin includerea în documentaţia de atribuire a unei activităţi care nu face obiectul achiziţiei.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă nu îşi poate asuma riscul continuării procedurii de achiziţie publică, întrucât certificarea lucrărilor executate în baza unui contract se face de către dirigintele de şantier şi responsabilul de contract, angajaţi din cadrul secţiilor din teritoriul ... – Cluj, la care nu ajung toate informaţiile din cadrul derulării unei proceduri de atribuire, anjajaţi care ar fi posibil să se schimbe în decursul unui an. În aceste condiţii s-au realizat şi decontările invocate mai sus.

Prin urmare, având toate aceste informaţii la bază şi procesul verbal, prin care s-a constatat că documentaţia de atribuire nu a fost întocmită în conformitate cu prevederile Normativului AND 523-2003, ... a hotărât anularea procedurii de atribuire în cauză.

Totodată, autoritatea contractantă susţine că procesul verbal întocmit de un organ de control intern este opozabil doar instituţiei sale, în speţă salariaţilor care au fost responsabili de întocmirea documentaţiei şi decontarea plăţilor, salariaţi care au întocmit şi prezenta documentaţie de atribuire, dar care au luat la cunoştinţă de cele consemnate în procesul verbal doar pe timpul evaluării ofertelor.

Referitor la susţinerea contestatorului, potrivit căreia autoritatatea contractantă putea adopta măsuri corective, ... precizează că operaţia tehnologică de „amorsare a stratului de bază în vederea aplicării straturilor bituminoase foarte subţiri cu emulsie bituminoasă cationică” reprezintă un procent de 5,49% din valoarea estimată. În acest context, comisia de evaluare nu putea adopta măsuri corective, aşa cum afirmă contestatorul, în sensul modificării propunerii tehnice şi încadrării lor în „abateri tehnice

minore”, întrucât cuantificarea teoretică în valoarea monetară a respectivelor abateri depăşeau 1% din valoarea estimată.

Cu privire la susţinerea contestatorului, conform căreia autoritatea contractantă ar prejudicia ... prin anularea prezentei proceduri de achiziţie publică, ... menţionează faptul că riscurile transmiterii unei oferte, cad în sarcina operatorilor economici care îşi asumă orice cheltuieli privind întocmirea acesteia. Din cele invocate de către contestator, reiese faptul că autoritatea contractantă nu poate anula o procedură de achiziţie publică, întrucât ar prejudicia operatorii economici. Întocmirea unei oferte şi transmiterea acesteia este voinţa fiecărui operator economic de a participa la procedura de achiziţie publică, procedură care se poate finaliza prin atribuirea contractului sau anularea acesteia, în conformitate cu prevederile art. 211 din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecinţă, ... are dreptul de a anula procedura de atribuire în cauză, întrucât, pe parcursul derulării acesteia, s-au constatat erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă s-a aflat în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, autoritatea contractantă arată, în baza analizei documentaţiei de atribuire, a procesului verbal, întocmit de către Departamentul de Control – Serviciul Control Financiar de Gestiune din cadrul ... S.A. şi cu respectarea principiilor stipulate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a anulat, în mod corect şi justificat, prezenta procedură de achiziţie publică.

Pentru toate aceste motive, ... solicită Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor să respingă susţinerile/criticile contestatorului ca neîntemeiate.

Alăturat punctului de vedere, autoritatea contractantă a depus, în copie, dosarul achiziţiei publice.

În urma studierii dosarului dosarului achiziţiei publice şi în replică faţă de punctul de vedere al autorităţii contractante 28843/26.06.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 26643/29.06.2018, la data de 05.07.2018, ... a depus la dosarul cauzei adresa nr. 1006/05.07.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 27393/05.07.2018, denumită „Concluzii scrise”, prin care solicită Consiliului să admită contestaţia sa, astfel cum a fost formulată şi, pe cale de consecinţă, să dispună următoarele: să constate că măsura autorităţii contractante, de anulare a procedurii de atribuire este una nelegală, neîntemeiată, neprobată şi complet nefundamentată, sens în care se impune anularea comunicării nr. 26291/12.06.2018 şi actelor subsecvente acesteia şi să oblige autoritatea contractantă la finalizarea, în mod legal, a prezentei proceduri de achiziţie publică, cu respectarea dispoziţiilor legale în materie, pentru următoarele considerente:

Referitor la procesul verbal întocmit de către Departamentul de Control – Serviciul Control Financiar de Gestiune din cadrul ... S.A. şi la afirmaţiile autorităţii contractante cu privire la incidenţa măsurilor dispuse prin acest document, ... reiterează unele aspecte invocate în cuprinsul

contestaţiei formulate, subliniind faptul că a fost invocat un act care nici măcar nu a fost adus la cunoştinţa operatorilor economici participanţi la procedură, sens în care, inclusiv din această perspectivă, nu se poate considera că măsura anulării procedurii a fost justificată şi anulată temeinic.

Cu privire la susţinerile autorităţii contractante, potrivit cărora: *„După cum se poate observa, anularea prezentei proceduri nu are legătură cu ofertanţii participanţi în achiziţie, ci cu <<protejarea>> salariaţilor şi a autorităţii contractante de a nu deconta plăţi nejustificate prin includerea în documentaţia de atribuiere a unei activităţi ce nu face obiectul achiziţiei. Mai mult, autoritatea contractantă nu îşi poate asuma riscul continuării procedurii de achiziţie, întrucât certificarea lucrărilor executateîn baza unui contract se face de către dirigintele de şantier şi responsabilul de contract, angajaţi din cadrul secţiilor din teritoriul …, la care nu ajunge toată informaţia din cadrul derulării procedurii de atribuire, angajaţi care ar fi posibil să se schimbe în decursul unui an. În aceste condiţii s-au realizat şi decontările mai sus amintite”*, contestatorul menţionează că nu pot fi reţinute de către Consiliu, pentru următoarele aspecte:

- Nu există nicio prevedere legală care să justifice măsura anulării unei proceduri pentru "protejarea" unor interese de natura celor invocate de către autoritatea contractantă;
- Nu se poate vorbi de plăţi nejustificate în cadrul procedurii de atribuire în cauză, în condiţiile în care, prin clarificarea nr. 9520/16.02.2018, autoritatea contractantă a lămurit modul de soluţionare a operaţiunii de pregătire a stratului suport, menţionându-se că decontarea se va face numai dacă se va executa amorsarea.

De asemenea, potrivit modelului de contract subsecvent din documentaţia de atribuire, decontările se efectuează pe baza situaţiilor de lucrări verificate cantitativ şi calitativ, respectiv de baza lucrărilor real executate, după cum urmează:

„Art. 6.1 alin. (3), (4), (5) şi (6):

(3) În vederea efectuării plaţii lucrărilor executate, documentele care se întocmesc de către Executant şi va trimite la ... următoarele documente:

- *Facturilc emise de Executant;*
- *Formular 1 (aferent caietului de sarcini) - situaţie de plată a lucrărilor efectuate în luna.....anul.....vizat de dirigintele lucrări şi aprobat de responsabil contract care este şeful S.D.N./S.I.A., în 4 exemplare (1 Executant + I S.D.N./S.I.A. - 2 ...);*
- *Formularul 2 (aferent caietului de sarcini)- se va completa şi semna de către executant şi beneficiar*
- *Ordin de începere al lucrărilor în 4 exemplare;*
- *Comanda pentru lucrare în 4 exemplare;*
- *Grafic de execuţie cu aprobarea ...în 4 exemplare;*
- *Proces verbal de predare-primire amplasament în 4 exemplare;*
- *Formular 3 (aferent caictului de sarcini) sunt anexe – procese verbale de predare/recepţie pentru verificarea calităţii lucrărilor ce devin ascunse; centralizatoare pentru emulsie cu rupere lentă, emulsie cu rupere*

rapidă, criblură, ciment, filer de calcar, nisip care să cuprindă (nr. crt, nr. aviz, nr. tichet de cântar, dală, număr auto şi cantitate); tabel de măsurători privind lucrările executate care să cuprindă (nr.crt., DN/Autostrada, poziţie km început, poziţie km sfârşit, data, lungime, lăţime, suprafaţă), avize pentru materiale, bon de cântar electronic pentru materiale, documente care atestă calitatea materialelor (declaraţii de conformitate, certificate de calitate, rapoarte de încercări, etc.) în 4 exemplare (1 Executant + 1 S.D.N./S.I.A. + 2 ...)

(4) Pentru ficcare categorie de lucrări, Executantul va întocmi situaţii de lucrări, situaţii care vor fi verifícate cantitativ şi calitativ pe teren, de către reprezentanţii Achizitorului. Executantul este răspunzător de corectitudinea şi exactitatea datelor înscrise în situaţiile de lucrări.

(5) Documentele primare se vor păstra şi arhiva în conformitate cu prevederile legale privind păstrarea documentelor respective, la Executant, pentru a fi puse la dispoziţia Achizitorului şi a organelor de control abilitate, ori de câte ori este nevoie.

(6) În baza datelor consemnate în documentele primare şi certifícate de către reprezentanţii Achizitorului, se vor întocmi situaţii de plată a lucrărilor efectuate (Formular I). Aceste situatii de plată a lucrărilor efectuate, însuşite de reprezentantul S.D.N./S.I.A., stau la baza decontării lucrărilor. Aceste documente se vor intocmi în 4 exemplare."

Mai mult decât atât, operatorii economici au întocmit şi depus ofertele, inclusiv în considerarea Clarificării nr. 9520/16.02.2018, sens în care şi-au însuşit conţinutul acesteia ofertând un preţ pe mp maximal, ce include şi operaţiunea de amorsare, urmând ca decontarea acestei activităţi să se efectueze conform menţiunilor din clarificare, şi anume dacă se va efectua operaţiunea de amorsare.

Astfel, riscul unor aşa zise decontări nejustificate nu există în cazul de faţă.

Totodată, autoritatea contractantă a ignorat faptul că este posibilă execuţia unor lucrări de amorsare strat de bază şi la straturile bituminoase foarte subţiri, în situaţia de la art. 31 alin. (3), lit. b) din AND 523, astfel încât să fie asigurată furnizarea unor lucrări în condiţii de calitate. În acest context, menţiunile din documentaţia de atribuire, cu privire la amorsare pot fi considerate ca fiind aliniate la prevederile AND 523-2003 şi AND 547/2013.

În opinia contestatorului, prin justificările prezentate, autoritatea contractantă a încălcat principiul asumării răspunderii, argumentele prezentate fiind, în fapt, o invocare a propriei culpe.

Raportat la afirmaţiile autorităţii contractante, vizând prejudicierea operatorilor economici, prin adoptarea măsurii de anulare a procedurii, contestatorul arată că riscurile transmiterii unei oferte sunt în sarcina operatorilor economici, în ceea ce priveşte conţinutul acesteia şi costurile pe care depunerea unei oferte le implică.

Cu toate acestea, situaţia de faţă nu vizează acest aspect, ci faptul că măsura de anulare a procedurii de atribuire este nelegală şi prejudiciabilă

pentru participanţii la procedură, iar, potrivit art. 53 din Legea nr. 101/2016, operatorii economici au dreptul la repararea prejudiciilor cauzate prin actele nelegale ale autorităţii contractante, printre aceste prejudicii aflându-se şi costurile suportate de către operatori pentru participarea la procedură.

Concluzionând, ... precizează că autoritatea contractantă nu a răspuns criticilor concrete şi explicite, formulate în cuprinsul contestaţiei, ci le-a analizat, în mod trunchiat şi selectiv, ignorând aspectele care justifică faptul că nu se impunea anularea prezentei proceduri de achiziţie publică.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitaţie deschisă, desfăşurată online, divizată pe loturi, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect „Straturi rutiere foarte subţiri (slam 2 straturi) şi marcaj rutier – ...”, prin publicarea în S.E.A.P. a anunţului de participare nr. .../...

Conform anunţului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „preţul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului cadru este de 127.134.318,8 lei, fără T.V.A.

Conform mențiunilor existente în procesul-verbal de evaluare nr. 1, având nr. 13770/20.03.2018, pentru lotul 1: au depus oferte 3 operatori economici, unul dintre aceștia fiind ..., contestatorul din prezenta cauză, pentru lotul 2: au depus oferte 3 operatori economici, unul dintre aceştia fiind ..., contestatorul din prezenta cauză şi pentru lotul 3: au depus oferte 4 operatori economici, unul dintre aceştia fiind ..., contestatorul din prezenta cauză.

În raportul procedurii nr. 26184/11.06.2018, întocmit în urma evaluării ofertelor, s-a consemnat anularea prezentei proceduri de achiziţie publică, în temeiul art. 212 alin. (1), lit. c), coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a fost transmisă de către autoritatea contractantă către asocierea ... - ..., prin adresa nr. 26285/12.06.2018, pentru loturile 1 şi 3 şi către ... prin adresa nr. 26291/12.06.2018, pentru lotul 2.

Procedând la soluționarea contestațiior formulate de asocierea ... - ... pentru loturile 1 şi 3 şi de către ... pentru lotul 2, Consiliul constată că acestea vizează rezultatul procedurii de achiziție publică pentru cele trei loturi, prin aestea fiind formulate critici împotriva deciziei autorității contractante, de anulare a procedurii de atribuire.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a transmis către asocierea ... - ... și către ... adresele nr. 26285/12.06.2018 și nr. 26291/12.06.2018, în cuprinsul cărora a precizat că *„autoritatea contractantă anulează procedura de achiziție publică desfășurată prin licitație deschisa având ca obiect Straturi rutiere foarte subțiri (șlam 2 straturi) și marcaj rutier- ... – Acord Cadru 3 ani, în conformitate cu*

prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât „încălcarea prevederilor legale afectează procedura de atribuire”, „iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016".

Justificare:

Pe timpul derulării procedurii, comisia de evaluare a luat la cunoștință de Procesul verbal întocmit de către Departamentul de Control - Serviciul Control Financiar de Gestiune din cadrul ... S.A., în care s-au constatat „deficiențe” la întocmirea documentației de atribuire și atribuirea acordurilor-cadru pentru perioada 2015-2016 pentru Lucrări de straturi bituminoase foarte subțiri executate la rece, respectiv includerea nejustificată a operației tehnologice de „amorsare a stratului de bază în vederea aplicării straturilor bituminoase foarte subțiri cu emulsie bituminoasă cationică” și decontarea ei pe drumurile din Îmbrăcăminte asfaltică. Această operațiune tehnologică se execută, conform Normativului AND 523-2003, doar în situația în care îmbrăcămintea stratului de bază este din beton de ciment. Cum îmbrăcămintea stratului de bază, pentru toate sectoarele de drum selectate pentru așternerea straturilor bituminoase foarte subțiri, nu este din beton de ciment, acest articol de deviz nu trebuia prevăzut și nici prețuit. Ofertanții participanți la procedura de achiziție publică din perioada 2015-2016, și-au întocmit oferta în conformitate cu documentația de atribuire, iar operația tehnologică „amorsare strat de bază" s-a executat și decontat în cadrul tuturor contractelor subsecvente aferente acordurilor cadru încheiate cu promitenții executanți declarați câștigători. Prin urmare, s-au făcut plăți nejustificate ca urmare a întocmirii unor devize de lucrări (liste de cantități) conținând operații tehnologice incluse nejustificat.

Documentația de atribuire întocmită pentru prezenta procedură de achiziție publică, conține operația tehnologică de „amorsare a stratului de bază", iar toate sectoarele de drum pe care se vor executa straturile rutiere bituminoase foarte subțiri au îmbrăcăminte bituminoase și nu îmbrăcăminte din beton de ciment.

Ofertele financiare au fost întocmite în conformitate cu documentația de atribuire, adică acestea conțin articolele în cauză, astfel încât procedura de achiziție este viciată.

Operația tehnologică de „amorsare a stratului de bază în vederea aplicării straturilor bituminoase foarte subțiri cu emulsie bituminoasă cationică” reprezintă un procent de 5,49% din valoarea estimată. Autoritatea contractantă nu poate lua măsuri corective în sensul modificării propunerii tehnice și încadrării lor în „abateri tehnice minore”, întrucât cuantificarea teoretică în valoarea monetară a respectivelor abateri depășesc 1 % din valoarea estimată.

Prin urmare, documentația de atribuire, în speță devizele de lucrări (listele de cantități), nu este întocmită în conformitate cu Normativul 523-2003 privind execuția straturilor bituminoase foarte subțiri la rece”.

Raportat la motivul care a stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire, așa cum acesta a fost indicat în cuprinsul adreselor anterior amintite, respectiv *„includerea nejustificată a operației tehnologice de „amorsare a stratului de bază în vederea aplicării straturilor bituminoase foarte subțiri cu emulsie bituminoasă cationică” și decontarea ei pe drumurile din Îmbrăcăminte asfaltică*”, în condițiile în care această operațiune se execută doar în situația în care îmbrăcămintea stratului de bază este din beton de ciment, Consiliul reține că autoritatea contractantă a invocat ca temei legal prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:*

(…)

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”, respectiv „În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înţelege situaţia în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”, motivul care a stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire fiind identic, atât pentru loturile 1 și 3, contestate de asocierea ... - ..., cât și pentru lotul 2, contestat de ..., astfel că cele două contestații vor fi analizate împreună, urmând ca soluția să fie stabilită separat, pentru fiecare contestație în parte.

Analizând motivul care a stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire, prin raportare la pevederile legale anterior citate, Consiliul reține că includerea operațiunii tehnologice de amorsare a stratului de bază în vederea aplicării straturilor bituminoase foarte subțiri cu emulsie bituminoasă cationică a fost pusă în vedere autorității contractante de un operator economic interesat de procedura de atribuire, acest aspect făcând obiectul unei solicitări de clarificări în perioada de întocmirea a ofertelor.

Astfel, Consiliul reține că autoritatea contractantă a postat în SEAP clarificarea nr. 9520/16.02.2018, în cuprinsul căreia, la întrebarea formulată de un operator economic interesat de participarea la prezenta procedură de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„În caietul de sarcini pentru Straturi bituminoase foarte subțiri la rece, la pct. 3.1.2 Pregătirea stratului suport, respectiv 3.1.2.4 c) este prevăzut „amorsarea se execută după uscarea stratului suport spălat și numai pe îmbrăcăminți din beton de ciment”. din listele de cantități rezultă că amorsarea se execută indiferent de tipul stratului suport. Vă rugăm să clarificați*”, autoritatea contractantă a formulat următorul răspuns: *„Da. amorsarea se execută după curățirea stratului suport și amorsarea se execută conform normativului AND 523/2003 doar pe îmbrăcăminți din beton asfaltic. Veți oferta conform devizului anexat, iar decontarea se va realiza doar dacă se va executa amorsarea pe stratul suport*”.

Raportat la acest aspect, Consiliul are în vedere că prin răspunsul formulat la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a remediat eroarea constatată, stabilind că operațiunea tehnică de amorsare a stratului de bază va fi decontată doar în situația în care aceasta se va executa, nefiind adusă atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, Consiliul are în vedere că în cuprinsul modelului de contract subsecvent, ce face parte integrantă din documentația de atribuire, sunt incluse următoarele prevederi:

- art. 6.1 alin. (1) – *„Achizitorul se obligă să plătească Executantului prețul lucrărilor executate, în tremen de 60 de zile de la data înregistrării facturii la sediul Achizitorului, ulterior recepției lucrărilor, efectuată de Achizitor, ulterioară îndeplinirii acestora. (...)”*;
- art. 6.1 alin. (3) – *„În vederea efectuării plății lucrărilor efectuate, Executantul va întocmi și trimite către ... următoarele documente:*
- *facturile emise de executant;*
- *Formular 1 (aferent caietului de sarcini) – situație de plată a lucrărilor efectuate în luna .... anul ...., vizat de dirigintele de lucrări și aprobat de responsabil contract care este șeful S.D.N./S.I.A., în 4 exemplare (1 executant + 1 S.D.N./S.I.A + 2 ...);*
- *Formularul 2 (aferent caietului de sarcini) – se va completa și semna de către Executant și beneficiar;*
  (...)
- *Formularul 3 (aferent caietului de sarcini) – anexe – procese verbale de predare/recepție pentru verificarea calității lucrărilor ce devin ascunse; centralizatoare pentru emulsie cu rupere lentă, emulsie cu rupere rapidă, criplură, ciment, filer de calcar, nisip care să cuprindă (nr. crt., nr. aviz., nr. tichet de cântar, data, număr auto și cantitate); tabel de măsurători privind lucrările executate care să cuprindă nr. crt., DN/Autostradă, poziție km început, poziție km sfîrșit, data, lungime, lățime, suprafața), avize pentru materiale, bon de cântar electronic pentru materiale, documente care atestă calitatea materialelor (declarații de conformitate, certificate de calitate, rapoarte de încercări, etc.) în 4 exemplare (1 executant + 1 S.D.N./S.I.A + 2 ...)”*;

În același timp, la art. 6.1 alin. (4), (5) și (6) este prevăzut că *„(4)Pentru fiecare categorie de lucrări, <u>Executantul va întocmi situații de lucrări, situații care vor fi verificate cantitativ și calitativ pe teren de către reprezentanții Achizitorului</u>. Executantul este răspunzător de corectitudinea și exactitatea datelor înscrise în situațiile de lucrări. (5) Documentele primare se vor păstra și se vor arhiva în conformitate cu prevederile legale privind păstrarea documentelor respective, la Executant, pentru a fi puse la dispoziția Achizitorului și a organelor de control abilitate, ori de câte ori este nevoie*”, respectiv *„(6) <u>În baza datelor consemnate în documentele primare</u>*

și certificate de către reprezentanții Achizitorului, se vor întocmi situații de plată a lucrărilor efectuate (Formular 1). Aceste situații de plată a lucrărilor efectuate, însușite de reprezentantul S.D.N./S.I.A. stau la baza decontării lucrărilor. Aceste documente se vor întocmi în 4 exemplare".

Din cele mai sus expuse, Consiliul reține că autoritatea contractantă are suficiente pârghii pentru gestionarea modului de derulare a lucrărilor ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, situațiile de plată a lucrărilor efectuate urmând a fi analizate și însușite de reprezentanții acesteia, astfel că este exclusă o plată nejustificată pentru anumite lucrări.

Prin urmare, Consiliul nu va reține în soluționare susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. 28843/26.06.2018 potrivit cărora *„anularea prezentei proceduri nu are legătură cu ofertanții participanți în achiziție, ci cu protejarea salariaților și a autorității contractante de a nu deconta plăți nejustificate prin includerea în documentația de atribuire a unei activități ce nu face obiectul achiziției*", întrucât, în măsura în care autoritatea contractantă a prevăzut, în mod clar că decontările lucrărilor executate se vor realiza în baza unor situații de plată întocmite în urma verificării calitative și cantitative a lucrărilor de către reprezentanții săi, nu poate fi vorba despre plăți nejustificate, ce vizează execuția unor lucrări ce nu fac obiectul prezentei achiziții publice.

Într-o atare situație, în condițiile în care prin răspunsul la solicitarea de clarificări a precizat că *„decontarea se va realiza doar dacă se va executa amorsarea pe stratul suport",* schimbarea poziției autorității contractante după depunerea ofertelor, sub pretextul unor încălcări grave ale prevederilor legale ce ar afecta procedura de atribuire și prin invocarea anumitor documente emise de o direcție din cadrul autorității contractante (Departamentul de Control – Serviciul Control Financiar de Gestiune din cadrul ... S.A.), ce nu au fost identificate în cadrul dosarului achiziției, nu poate fi luată în considerare de către Consiliul, părând a fi diligențe efectuate de ... *pro causa*, maniera în care aceasta a procedat contravenind principiului asumării răspunderii autorității contractante în privința modului de derulare a procedurilor de atribuire, principiu consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, precum și regulilor impuse de legislația în materia achizițiilor publice, la art. 1 din HG nr. 395/2016, fiind menționat în mod expres că „(4) *Autoritatea contractantă este*
r
e
sp
o
n
sab
i
lă *pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile*."

Pe cale de consecință, Consiliul nu poate primi nici motivul invocat de autoritate în luarea deciziei de anulare, legat de faptul că *„nu își poate asuma riscul continuării procedurii de achiziție întrucât certificarea lucrărilor executate în baza unui contract se face de către dirigintele de șantier și responsabilul de contract, angajați din cadrul secțiilor din teritoriul DRDP Cluj, la care nu ajunge toată informația din cadrul derulării unei proceduri de atribuire, angajați care ar fi posibil să se schimbe în decursul unui an”*, deoarece acestea aspecte vizează mai curând organizarea autorității contractante, neîncadrându-se în situațiile expres prevăzute de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice, care conduc, în mod obligatoriu, la anularea procedurii de atribuire.

În acest context, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, respectiv din impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp, înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, evaluarea DUAE, evaluarea propunerilor tehnice și vizualizarea propunerilor financiare), evocând în acest sens prevederile art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanţe 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”*, impunându-se continuarea procedurii de atribuire.

În aceste condiții, constatând că motivele invocate de autoritatea contractantă în decizia de anulare a procedurii de atribuire au fost artificiale și nelegale, Consiliul determină că decizia de anulare a procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, a contractului de lucrări, divizat pe loturi, având ca obiect *„Straturi rutiere foarte subţiri (slam 2 straturi) şi marcaj rutier – ...”*, a fost excesivă, motiv pentru care în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, Consiliul admite contestațiile formulate de către asocierea ... - ... pentru loturile 1 şi 3 şi de către ... pentru lotul 2, în contradictoriu cu ....

Anulează raportul procedurii nr. 26184/11.06.2018 și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, pentru considerentele anterioare, expuse în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestaţia formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 25587/22.06.2018, cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...

Admite contestaţia formulată de către ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 25669/25.06.2018, cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ....

Anulează raportul procedurii nr. 26184/11.06.2018 și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, pentru considerentele anterioare, expuse în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 22 (douăzecișidouă) pagini.