# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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


**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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: ...**

Prin contestația nr. 88/21.05.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20290/22.05.2018, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată prin ..., în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, organizată de ...., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„FURNIZARE PRODUSE DE PANIFICAȚIE" – Lot 2,* cod CPV 15811000-6 – produse de panificație (Rev.2), s-a solicitat anularea raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii nr. 30597/07.05.2018 prin care oferta depusă de .... a fost declarată câștigătoare a procedurii precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei declarate câștigătoare și constatarea neconformității acesteia.

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic participant la procedura simplificată, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„FURNIZARE PRODUSE DE PANIFICAȚIE"*, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a invitației de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea critică decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare a procedurii pentru lotul 2, oferta depusă

de ..., apreciind că aceasta ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă și neconformă. În susținere, invocă o serie de aspecte legate de neconformitatea unor documente depuse în justificarea DUAE, de o serie de deficiențe grave ale propunerii tehnice precum și de neconformitatea propunerii financiare.

Prin adresa nr. ., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a informat Consiliul în legătură cu faptul că, prin adresa nr. 35746/25.05.2018, ... a solicitat restituirea garanției de participare, fapt care a condus la pierderea calității de participant la procedură. Acestei informări, autoritatea contractantă a atașat fotocopii ale solicitării și răspunsului la aceasta, precum și un extras de cont.

Prin adresa nr. 94/30.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 21450/30.05.2018, ... a precizat că solicitarea restituirii garanției de participare, inclusiv pentru lotul 2, a fost o eroare pe care dorește să o îndrepte prin această adresă. Arată, de asemenea, că, în condițiile în care pe rolul Consiliului există o contestație ce vizează lotul 2, este evident faptul că își dorea să își mențină poziția de ofertant în procedură. În plus, nu a uzat de prevederile art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2018 privind renunțarea la contestație. Menționează, de asemenea, faptul că, imediat ce a primit adresa de la autoritatea contractantă a transmis acesteia un răspuns prin care a îndreptat eroarea de solicitare a restituirii garanției de participare pentru lotul 2.

Totodată, precizează că la momentul formulării acestei adrese nu are cunoștință ca banii să fi fost virați în contul său.

Ulterior a transmis Consiliului adresa nr. 95/31.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 21821/04.06.2018, prin care a precizat că restituirea în mod efectiv a garanției de participare a avut loc abia la data de 31.05.2018, după ce autoritatea contractantă fusese notificată cu privire la faptul că solicitarea de restituire a garanției de participare și pentru lotul 2 a fost o eroare și a precizat că, în realitate, nu dorește această restituire.

În aceste condiții, consideră că returnarea garanției de participare a fost făcută cu rea-credință și solicită Consiliului obligarea acesteia de a accepta un virament bancar pentru contravaloarea garanției aferente lotului 2.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura simplificată - într-o singură etapă a fost inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„FURNIZARE PRODUSE DE PANIFICAȚIE”,* prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ....

Potrivit invitației de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind cuprins între 403.330,45 și 604.996,85 lei, fără TVA.

Conform raportului procedurii nr. 30240/04.05.2018, la procedura în cauză, derulată pentru Lotul 2 – Produse de panificație – zona Lugoj, lot care face obiectul prezentei contestații, au participat 4 operatori economici, printre care și ... a cărei ofertă a fost declarată necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2, cu o valoare a ofertei de 148.324,50 lei. Câștigătoare pentru acest lot a fost desemnată oferta depusă de ..., având o valoare de 134.411,66 lei.

Nemulțumită fiind de acest rezultat, ... a formulat contestația aflată în analiza Consiliului, solicitând anularea rezultatului procedurii, cu constatarea inacceptabilității și neconformității ofertei depuse de ....

Consiliul constată că, după ce a transmis, atât Consiliului, cât și autorității contractante, contestația de față, prin adresa înregistrată la ... cu nr. 35746/25.05.2018, ... a solicitat restituirea garanției de participare, în valoare de 4033,2 lei, respectiv 2292,60 lei pentru lotul 1 și 1740,60 lei pentru lotul 2, indicând contul bancar în care să fie făcută restituirea.

Prin adresa nr. 36218/29.05.2018, autoritatea contractantă a făcut cunoscut contestatoarei, *în mod expres*, că a luat act de solicitarea acesteia, suma în cauză urmând a fi returnată în contul bancar indicat. Totodată, a atras atenția operatorului economic în legătură cu faptul că retragerea garanției de participare are drept consecință anularea valabilității ofertei, iar pierderea valabilității ofertei atrage după sine pierderea calității de ofertant.

În acest context, Consiliul apreciază că, în speța de față, au incidență următoarele prevederi legale:

*- Art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016: persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiţii:*

*(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi*

*(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.*

*- Art. 35 din HG nr. 395/2016 - (1) Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorităţii contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.*

*- Art. 36 din HG nr. 395/2016. - (1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condiţiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care nu se află în situații speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condiţiile legii.*

*(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma şi pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentaţia de atribuire.*

*(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă. (…)*

Astfel, cum se poate observa din analiza textelor de lege anterior citate, orice operator economic care decide să participe la o procedură și depune o ofertă în cadrul acesteia, trebuie să depună, aferent ofertei, și dovada privind constituirea, *în mod irevocabil*, a garanției de participare.

Constituirea garanției de participare, reprezintă manifestarea de voință a operatorului economic de a se implica în procedură prin depunerea unei ofertei și prin care își asumă responsabilitatea privind un eventual comportament necorespunzător al său pe toată durata implicării în procedură, respectiv pe toată durata valabilității ofertei. Dat fiind faptul că oferta trebuie însoțită în mod obligatoriu de dovada privind constituirea garanției de participare, neîndeplinirea acestei obligații duce la respingerea ofertei, ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016. Prin urmare, existența garanției de participare este o condiție esențială, fără de care un operator economic nu poate avea calitatea de ofertant în cadrul procedurii.

În aceste condiții, solicitarea operatorului economic de restituire a garanției de participare, constituită tocmai în vederea participării la procedură, reprezintă, practic, manifestarea sa de voință în sens invers, respectiv de a nu mai fi implicat în procedură și de a nu mai avea calitatea de ofertant.

Consiliul apreciază că autoarea contestației nu poate reveni asupra cererii de restituire a garanției, întrucât aceasta are valoarea unui act juridic unilateral, iar, față de caracterul irevocabil al actului unilateral, în condițiile în care autoritatea contractantă a luat act, în mod expres, de respectiva cerere, revenirea asupra manifestării de voință nu mai este posibilă.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a dat dovadă de rea-credință prin returnarea garanției fără să țină seama de faptul că între timp contestatoarea a invocat o eroare în legătură cu solicitarea de restituire a garanției de participare pentru lotul 2. În acest sens, apreciază că autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să dea eficiență juridică dispoziției de la art. 36 alin. (3) din HG nr. 395/2016, potrivit căreia garanția de participare este irevocabilă.

Pe de altă parte, Consiliul are în vedere faptul că, prin invocarea unei erori legate de cererea de restituire a garanției de participare pentru lotul 2, contestatoarea invocă faptul că, la momentul întocmirii cererii de returnare voința sa internă era alta decât cea manifestată exterior prin emiterea și transmiterea cererii. Or, în acest sens, nu a produs nicio probă.

Adresa nr. 93/30.05.2018 transmisă către autoritatea contractantă, nu poate fi interpretată ca fiind o probă a voinței la momentul emiterii și transmiterii cererii de restituire, deoarece, pe de o parte nu reprezintă altceva decât simple susțineri, iar pe de altă parte, a fost emisă și transmisă ulterior momentului la care autoritatea contractantă a luat act de cererea de restituire și a făcut cunoscut contestatoarei faptul că restituirea garanției de participare are ca efect pierderea calității de ofertant în cadrul procedurii.

Prin urmare, adresa menționată mai sus, nu va fi avută în vedere în soluționare, putând fi considerat ca fiind un document *pro causa*, întocmit tocmai pentru a dovedi, ulterior, care a fost adevărata voință la momentul solicitării cererii de restituire a garanției.

În acest context, Consiliul apreciază că, odată cu confirmarea prin care autoritatea contractantă ia act de solicitarea operatorului economic de restituire a garanției de participare, ... își pierde calitatea de ofertant în cadrul procedurii, criticile din conținutul contestației depuse la Consiliului fiind formulate de o persoană lipsită de calitate de persoană vătămată în sensul prevederilor art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv, nu a suferit și nu riscă să sufere un prejudiciu ca urmare a actului atacat, Consiliul urmând să respingă contestația, ca atare.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și 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, Consiliul urmează să respingă, ca fiind formulată de o persoană fără calitate de persoană vătămată, contestația ..., în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
**CONSILIUL DECIDE:**

Respinge, ca fiind formulată de o persoană fără calitate de persoană vătămată, contestația ...., în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

| **PREȘEDINTE,** | **MEMBRU,** | **MEMBRU,** |
|---|---|---|
| **....** | **...** | **...** |

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 6 (șase) pagini.