

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

DECIZIE

Nr. 1466 / C9 / 1510

Data: 28.06.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 29753/06.06.2023, depusă de SRL, cu sediul în, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin - administrator, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare alimente destinate hrănirii persoanelor private de libertate”, cod CPV 15800000-6 Diverse produse alimentare (Rev. 2), pentru lotul 17 - Cozonac cu nucă, contestatoarea a solicitat:

a) anularea procesului-verbal nr. 32.286/29.05.2023 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare;

b) obligarea autorității contractante la reanalizarea și reevaluarea ofertei SRL în temeiul „Plata poate să fie făcută de orice persoană, chiar dacă este un terț în raport cu acea obligație” și analizarea îndeplinirii celorlalte criterii de atribuire potrivit fișei de date și a caietului de sarcini, continuând procedura de achiziție și cu privire la oferta sa;

c) obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea prezentei proceduri în cazul în care vor exista.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică procesul-verbal nr. 32.286/29.05.2023 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, aferent licitației deschise organizată de, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

..... SRL susține că, până la data și ora limită de depunere a ofertelor, respectiv data de 18.05.2023, ora 15.00, a depus dovada constituirii garanției de participare în secțiunea documente de calificare, din cadrul procedurii sus menționate, încărcată sub denumirea și codul documentului [CN1054285/00466] garanție de participare.pdf.p7s, în data de 18.05.2023, ora 13:50.

Forma de constituire a garanției de participare a fost prin transfer bancar - Ordinul de plată nr. 202/17.05.2023, din contul curent deschis la Banca Transilvania al firmei SRL în contul de trezorerie RO83TREZ0615005XXX000167, deschis la Trezoreria menționat de către autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire.

De asemenea, se arată că, în cadrul ordinului de plată, la detalii, s-a consemnat „LOT 17 COZONAC CU NUCĂ”, iar pe formularul ordinului de plată nr. 202/17.05.2023, plătitorul SRL a făcut mențiunea „Garanția de participare pentru SC SRL CUI”, pentru care s-a semnat și ștampilat.

Totodată, contestatoarea susține că o solicitare de clarificare este de prisos, având în vedere că textul art. 1472 din Codul Civil stabilește că plata poate să fie făcută de orice persoană, chiar dacă este un terț în raport cu acea obligație.

Totuși, autoritatea contractantă i-a solicitat, în data de 22.05.2023, ora 15:46, transmisă prin SEAP, clarificări în referire la garanția de participare, la care a răspuns în termen, dar prin procesul-verbal nr. 32.286/29.05.2023, oferta sa a fost respinsă potrivit dispozițiilor art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Ori, garanția de participare are izvor legal prevederile Legii nr. 98/2016, raportat la prevederile art. 1165 „Izvoarele obligațiilor” și art. 1474. „Plata obligației de către un terț” din Codul Civil, fapt pentru care autoritatea contractantă a refuzat însușirea plății, dar a acceptat plata - aceasta nefiind returnată, așa cum prevede art. 1474 alin. (1) din Codul Civil - *Creditorul este dator să refuze plata oferită de terț dacă debitorul l-a încunostințat în prealabil că se opune la aceasta*, ceea ce denotă că a acceptat garanția de participare ca fiind depusă pentru procedura în derulare.

Astfel, contestatoarea susține că scopul garanției de participare, despre care se face vorbire la art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016, a fost atins în cadrul procedurii, autoritatea contractantă fiind protejată de un eventual comportament necorespunzător al SRL pe perioada derulării procedurii, de vreme ce suma virată deSRL pentru SRL cu titlu de garanție de participare s-a aflat la dispoziția autorității contractante încă de la data limită de depunere a ofertelor (18.05.2023).

De asemenea, nu se poate considera că SRL nu ar fi respectat documentația de atribuire, obligație care îi revenea conform art. 75 din Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, după cum invocă

autoritatea contractantă, deoarece suma virată era acoperitoare din punct de vedere al cuantumului și la dispoziția autorității contractante.

Totodată, contestatoarea precizează că nu există un text de lege care să impună ofertantului, în nume propriu, obligația de a constitui garanția de participare, cu excluderea expresă a terților, în condițiile în care legea permite ca garanția de participare să poată fi constituită și de terți (societăți bancare, societăți de asigurări).

Prin neacceptarea garanției de participare pusă la dispoziția autorității contractante, aceasta încalcă principiul tratamentului egal, în condițiile în care legea permite constituirea acesteia și de către terți.

Prin e-mailurile înregistrate la Consiliu sub nr. 30576/08.06.2023 și 31050/09.06.2023, autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, în vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare alimente destinate hrănirii persoanelor private de libertate”, cod CPV 15800000-6 Diverse produse alimentare (Rev. 2), pentru lotul 17 - Cozonac cu nucă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1054285/15.04.2023.

Din informațiile anunțului de participare amintit, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare care urmează a fi încheiat este de 1.743.258,28 lei, fără TVA, criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”, iar depunerea ofertelor a fost în data de 18.05.2022, ora 15:00.

Nemulțumită de respingerea ofertei sale pentru lotul 17, SRL a înaintat contestația în analiză, sens în care a constituit cautiunea în sumă de 532,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) și (22) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209219939/1 din 09.06.2023, eliberată de CEC Bank, Sucursala

Este de reținut că, în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 **Lipsa punctului d**, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel, astfel că se va proceda la soluționarea contestației.

În ceea ce privește critica contestatoarei formulată împotriva respingerii ofertei depuse, se reține că, prin procesul – verbal nr. 32.286/29.05.2023, privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, s-au reținut în privința ofertei SRL următoarele: "Operatorul economic SRL nu a depus garanție

de participare, comisia de evaluare a solicitat clarificări prin adresa nr. 31583/19.05.2023.

Operatorul economic a răspuns la clarificări prin adresa 31583/25.05.2023, prin care ne transmite faptul că a constituit garanția de participare prin OP nr. 202/17.05.2023, constituit de SRL.

Conform art. 35 alin. 1 din HG 395/2016, **scopul garanției de participare este acela de a proteja entitatea contractantă față de riscul unui comportament necorespunzător al operatorului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire”.**

Este de reținut și faptul că, prin adresa nr. 31583/19.05.2023, autoritatea contractantă a solicitat SRL următoarea clarificare: "Având în vedere dovada constituirii garanției de participare depusă de către dumneavoastră pentru lotul 17 – Cozonac cu nucă, vă adresăm rugămintea să clarificați aceasta în sensul specificării operatorului economic în numele căruia a fost constituită garanția de participare (operatorul economic specificat pe ordinul de plată nu coincide cu cel înscris la procedura de atribuire)".

Acestei solicitări, ofertanta a răspuns, aducând următoarele precizări: "... vă comunicăm faptul că SC SRL a plătit garanția de participare aferentă procedurii ANUNȚ DE PARTICIPARE NR. CN1054285/15.04.2023, organizată de, pentru ofertantul SC SRL, așa cum este menționat și pe copia ordinului de plată nr. 202/17.05.2023".

Se constată în aceste condiții că, pentru SRL, care a depus ofertă pentru lotul 17, care face obiectul contestației, a plătit garanția de participare SRL.

Faptul că s-a procedat în acest mod, nu trebuia să conducă la sancționarea cu respingere a ofertei depuse de societatea contestatoare, câtă vreme erau îndeplinite condițiile impuse în fișa de date pentru constituirea garanției de participare.

Astfel, se reține faptul că, în fișa de date, la pct.III.1.6.a) "Garanție de participare", s-au precizat următoarele: "conf. art. 35 al. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016. Echivalentul lei/valuta se va efectua la cursul BNR din data anterioară datei limită de depunere a ofertei cu 5 zile. Perioada de valabilitate a garanției de participare trebuie să fie cel puțin egală cu perioadă de valabilitate a ofertei. În conformitate cu prevederile art. 36, alin. (1) alin (4) din HG 395/2016, **garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din Romania sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.**

Garanția de participare trebuie să fie constituită în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzută în documentația de atribuire.

Garanția trebuie să fie irevocabilă și necondiționată. Instrumentul de garantare se transmite în SICAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor. După caz, viramentul bancar în favoarea autorității contractante se va efectua în contul RO83 TREZ0615005XXX000167, deschis la Trezoreria".

Sunt considerate incidente următoarele prevederi:

– art. 154 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (2) *Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare a cărei perioadă de valabilitate este cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei. Valoarea garanției de participare nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau, în cazul acordului-cadru, din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent.*

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

– art. 37 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 (1) ***Autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de participare atunci când ofertantul se află în oricare dintre următoarele situații:***

a) ***își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia;***

b) *oferta sa fiind stabilită câștigătoare, nu constituie garanția de bună execuție;*

b1) *oferta sa fiind stabilită câștigătoare, nu deschide un cont la dispoziția autorității contractante, la o instituție de credit bancară agreată de ambele părți, în cazul în care părțile convin ca garanția de bună execuție să se constituie prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale;*

c) ***oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei.***

(2) *În cazul încheierii unui acord-cadru, prevederile alin. (1) lit. b) nu sunt aplicabile.*

(3) *Autoritatea contractantă nu reține garanția de participare în cazul în care ofertantul desemnat câștigător refuză să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei, atribuit în urma unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex ante și în care ANAP a emis un aviz conform condiționat, iar autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile constatate de ANAP, în acest caz nefiind aplicabile dispozițiile alin. (1) lit. c) și ale 144 alin. (1).*

Astfel, cu toate că garanția de participare a fost constituită de o altă societate și nu de către operatorul economic participant cu ofertă în procedura de atribuire, scopul acestei garanții a fost atins, respectiv de protejare a autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

Având în vedere legislația incidentă, se consideră că, de interes pentru autoritatea contractantă trebuiau să fie modalitatea de constituire a garanției de participare, quantumul și perioada de valabilitate, nu cine a efectuat plata corespunzătoare acestei garanții.

Câtă vreme rezultă de pe ordinul de plată pentru garanția de participare că aceasta a fost constituită pentru SRL, în mod lipsit de echivoc, în cazul unui comportament necorespunzător al acestei ofertante, potrivit textului de lege mai sus redat, se va reține garanția de participare.

Pe ordinul de plată nr. 202/17.05.2023 emis pentru constituirea garanției de plată, există consemnată următoarea precizare: "Garanția de participare pentru SRL, CUI".

Acest aspect a fost, în fapt, lămurit de contestatoare prin adresa de răspuns la solicitarea de clarificare adresată de autoritatea contractantă.

Pentru aceste motive, se constată că, în mod eronat, a fost respinsă oferta SRL sub aspectul garanției de participare constituită.

Pe cale de consecință, Consiliul va admite contestația și va dispune reevaluarea ofertei depuse de SRL, având în vedere cele constatate.

Cât privește solicitarea contestatoarei în referire la acordarea cheltuielilor de judecată, vor fi respinse nefiind dovedită existența acestora.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, și anulează procesul – verbal nr. 32.286/29.05.2023, privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, pentru lotul 17, în partea ca privește oferta contestatoarei. Obligă achizițioarea la reevaluarea ofertei depuse de SRL, pentru lotul 17, cu luarea în considerare a garanției de participare constituită, și întocmirea unui nou proces - verbal, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, respinge solicitarea contestatoarei privind acordarea cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva deciziei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....