



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația FN, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18753/22.06.2016, formulată de SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 27429/14.06.2016, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „*Lemn de foc esență tare tăiate la 25-30 cm și crăpate*”, cod CPV 03413000-8 – Lemn de foc (Rev.2), s-a solicitat anularea, în tot, a procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor emis de autoritatea contractantă sub nr. 27429/14.06.2016, anularea, în tot, a tuturor actelor subsecvente emiterii procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor anterubricat, precum și anularea procedurii.

Prin contestația nr. 1055/23.06.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19066/23.06.2016, depusă de SC ...SRL, cu sediul în ..., având CUI RO ..., în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat obligarea autorității contractante la reevaluarea deciziei de respingere a ofertei sale, evaluarea ofertei sale, precum și anularea procedurii de achiziție publică.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile ce fac obiectul dosarelor nr. 1332/2016 și nr. 1355/2016 au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, fiind formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația prin care ofertantul ...SRL reclamă procesul - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor emis sub nr. 27429/14.06.2016 în cuprinsul căruia s-a constatat faptul că „...SRL prezintă garanția de participare în copie a OP-ului, dar nu este conform modului și forma cerută în fișa de date conform secțiunii III.1.1)) Condiții referitoare la contract - III.1.1.A) garanția de participare Oferta este inacceptabilă potrivit dispozițiilor art. 36, alin. (1) lit. a) din „O.U.G.” nr. 925/2006 și art. 33 alin. (3) lit. b) din „O.U.G.” nr. 925/2006”.

Contestatorul observă că, în mod eronat, autoritatea contractantă a întemeiat măsura dispusă cu referire la oferta sa pe dispozițiile așa-zisei „OUG nr. 925/2006”, act juridic inexistent care este în „imposibilitate” a produce efecte juridice, ceea ce în opinia ofertantului, lasă lipsit de eficiență actul emis cu încălcarea condițiilor de formă și/sau de fond.

În ce privește respingerea ofertei contestatorului ca inacceptabilă, pe motiv că nu prezintă garanția de participare în original, ofertantul arată că potrivit fișei de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, la cap. III- Informații juridice, economice, financiare și tehnice, pct. III.1.1.a) – Garanția de participare, autoritatea a menționat îndeplinirea următoarelor cerințe obligatorii pentru operatorii economici participanți: „(...) garanția de participare (...) 11.165 ron (...) virament bancar în contul RO59TREZ0215006XXX010304 deschis la Trezoreria Municipiului ..., cod fiscal 17090393, (...) care se prezintă în original (...)”.

Se reține că ...SRL a depus garanția de participare prin OP nr. 107/10.06.2016, în suma de 5.582,5 lei, având semnătură autorizată emitent cu viză Banca Transilvania Sucursala Tg-Jiu, data și semnătura autorizată a angajatului băncii care a operat tranzacția, în original.

Mai mult, contestatorul afirmă că din extrasul de cont al autorității contractante, emis de Trezoreria Municipiului ..., rezultă că atât la data stabilită pentru termenul limită de depunere al ofertelor, cât și la data stabilită pentru deschiderea ofertelor, suma reprezentând dovada constituirii garanției de participare, se afla în contul indicat de aceasta în fișa de date a achiziției.

În consecință, ofertantul contestator apreciază că potrivit Regulamentului BNR nr. 2 din 23 februarie 2005 privind ordinul de plată utilizat în operațiuni de transfer-credit, publicat în Monitorul Oficial nr. 265 din dată de 31 martie 2005, ordinul de plată în cauză, cu care ...SRL a înțeles să facă dovada constituirii garanției de participare, îndeplinește cerințele fișei de date, precum și cerințele imperative ale art. 86 din HG nr. 925/2006.

Concluzionând, ofertantul contestator opinează că evaluarea garanțiilor de participare de către comisia de evaluare s-a realizat cu nerespectarea prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, prin decizia de respingere ca inadmisibilă a ofertei sale, autoritatea contractantă încălcând principiile reglementate expres la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 19048/1332/C2/23.06.2016, Consiliul a solicitat contestatorului, în baza art. 11 alin. (2) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să facă dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului acesteia, având în vedere că potrivit art. 6 alin. (1) și (10) din actul normativ antemenționat, sub sancțiunea inadmisibilității contestației, sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

Cu adresa nr. 118/27.06.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 19422/27.06.2016, ...SRL învederează că nu a formulat notificarea solicitată, întrucât prezenta procedură de atribuire a fost inițiată sub imperiul OUG nr. 34/2006, HG nr. 925/2006 și Ordine ANRMAP, acestea fiind și mențiunile din fișa de date a achiziției – capitolul III.1.5.

În acest sens, contestatorul apreciază că, în mod corect, a formulat prezenta contestație în temeiul OUG nr. 34/2006 și nu a Legii nr. 101/2016, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a stipulat în fișa de date a achiziției – capitolul VI.4.2. – Utilizarea căilor de atac – „*Precizări privind termenul (termenele) de exercitare a căilor de atac – art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006*”.

Prin contestația nr. 1055/23.06.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 19066/23.06.2016, SC ...SRL a sesizat Consiliul cu privire la faptul că autoritatea contractantă a respins oferta sa ca inacceptabilă, pe motiv că nu a prezentat garanția de participare, în original, conform modului cerut în fișa de date a achiziției, astfel cum s-a consemnat în procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 27429/14.06.2016.

În motivarea contestației, SC ...SRL susține că autoritatea contractantă a evaluat superficial, atât temeiul legal cât și situația de fapt, întrucât garanția de participare s-a constituit conform cerințelor din fișa de date, respectiv cu ordin de plată electronic în valoare de 5.583 lei (ofertantul încadrându-se în categoria IMM), încă de vineri de la data de 10.06.2016, ora 15:29.

Contestatorul apreciază că solicitarea *care se prezintă în original* se referă la scrisoarea de garanție, care nu poate fi luată în considerare în altă formă în afară de *în original*, autoritatea contractantă neputând impune tipul de virament bancar, conform procedurilor legale în vigoare.

Se reține caracterul excesiv și nelegal al măsurii luate de autoritatea contractantă, în condițiile în care nu există un ordin de plată în original, plata fiind efectuată integral prin mijloace electronice,

comisia de evaluare având posibilitatea să facă aplicarea dispozițiilor art. 201 alin. (1) din OUG nr 34/2006, potrivit cărora autoritatea contractantă putea să consulte soldul contului său înainte de deschiderea ofertelor.

Având în vedere faptul că tranzacția a fost efectuată în mod electronic, contestatorul precizează că banca nu a emis niciun înscris și nu a confirmat plata pe vreun înscris în format de hârtie, ci doar a generat în format electronic un mesaj de confirmare a plății (OP - electronic), mesaj care a fost listat și depus conform solicitării la sediul autorității contractante.

Prin adresa nr. 28288/22.06.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 19183/24.06.2016, autoritatea contractantă formulează „întâmpinare” la contestația depusă de ...SRL solicitând respingerea, pe cale de excepție, ca inadmisibilă, respectiv tardivă, iar pe fondul cauzei, ca nefondată, cu consecința continuării procedurii de atribuire.

Se menționează că potrivit dispozițiilor art. 236 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prezentei proceduri îi sunt aplicabile prevederile OUG nr. 34/2006, având în vedere că aceasta era în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă apreciază inadmisibilă contestația formulată de ...SRL, raportat la prevederile art. 271¹ alin. (1)-(3) din OUG nr. 34/2006, întrucât contestatorul i-a comunicat prezenta contestație, prin e-mail la data de 22.06.2016, ora 16:45, dar nu a depus dovada constituirii garanției de bună conduită.

Totodată, autoritatea contractantă invocă tardivitatea contestației formulată de ...SRL, raportat la art. 182 alin. (2) din Codul de procedură civilă coroborat cu art. 271 din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora *termenul de depunere a unui act la instanță sau într-un alt loc se va împlinii la ora la care activitatea încetează în acel loc în mod legal*; astfel termenul este împlinit pentru contestator la data de 22.06.2016, ora 16:30, când la sediul autorității contractante încetează activitatea.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă arată că oferta contestatorului nu a fost însoțită de dovada garanției de participare în forma solicitată, până la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor, drept pentru care a fost declarată inacceptabilă în baza art. 81 din HG nr. 925/2006.

Prin adresa nr. 28572/24.06.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 19310/27.06.2016, autoritatea contractantă formulează „întâmpinare” la contestația depusă de SC ...SRL, solicitând, pe cale de excepție respingerea ca inadmisibilă, respectiv tardivă, iar pe fondul cauzei, ca nefondată, cu continuarea procedurii de atribuire.

Similar punctului de vedere la contestația formulată de SC ...SRL, autoritatea contractantă motivează susținerea excepțiilor privind inadmisibilitatea și tardivitatea contestației depusă de SC ...SRL, iar pe fondul cauzei arată că oferta contestatorului nu a fost

însotită de dovada garanției de participare în forma solicitată, aceasta fiind respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 81 din HG nr. 925/2006.

Totodată, autoritatea contractantă face mențiunea că a luat la cunoștință despre dovada constituirii garanției de participare de către SC ...SRL, în data de 14.06.2016, ora 14:24, mult peste termenul limită de deschidere a ofertelor.

Dosarul achiziției publice cuprinzând documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 19310/27.06.2016.

Prin adresa nr. 19986/1355-C2/01.04.2016, Consiliul a solicitat autorității contractante transmiterea extrasului de cont sau a oricărui alt document emis de Trezorerie din care să reiasă că, la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor, suma reprezentând contravaloarea garanției de participare ce trebuia constituită de SC ...SRL nu se afla în contul constituit în acest scop. De asemenea, a fost solicitată și declarația privind încadrarea în categoria Întreprinderilor Mici și Mijlocii (INM) a SC ...SRL, depusă de acesta cu ocazia deschiderii ofertelor.

Totodată, a fost solicitat și contestatorului, prin adresa nr. 19984/1355-C2/01.07.2016, extrasul de cont sau orice alt document emis de ...din care să reiasă data și ora la care suma, reprezentând contravaloarea garanției de participare, constituită pentru procedura în cauză a intrat în contul de Trezorerie al autorității contractante.

Prin adresa nr. 30344/04.07.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 20271/05.07.2016, autoritatea contractantă a răspuns solicitării Consiliului susținând faptul că a luat cunoștință de constituirea garanției de participare de către SC ...SRL doar în data de 15.06.2016, având în vedere modul de lucru al Trezoreriei. Astfel, extrasul de cont din data de 14.06.2016 a fost listat la ora 14:27 și comunicat în dimineața zilei de 15.06.2016, cu mult peste termenul limită de deschidere a ofertelor.

Au fost atașate extrasele de cont din data de 13.06.2016 și 14.06.2016 emise de Trezoreria Municipiului ...

Prin adresa nr. 1066/05.07.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 20341/05.07.2016, SC ...SRL a precizat, vizavi de solicitarea Consiliului că tranzacția referitoare la constituirea garanției de participare s-a efectuat în data de 10.06.2016, ora 15:30. Conform procedurilor bancare, banii au părăsit contul său la data procesării, 10.06.2016, ora 15:30, și au creditat contul ... la prima oră din ziua bancară de 13.06.2016. Cu titlu de exemplu a fost prezentat un extras de cont emis de Trezoreria ... datat 01.06.2016, pentru a se face distincția, susține contestatorul, între data editării extrasului și cea a extrasului.

A fost prezentat și extrasul de cont emis de către, precum și adresa din care rezultă că banii au creditat contul ... în data de

13.06.2016, precum și tabelul cu orele limită de procesare a ordinelor de plată prin platforma ... Office.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „*Lemn de foc esență tare tăiate la 25-30 cm și crăpate*”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., potrivit căruia valoarea estimată a contractului, fără TVA, este cuprinsă între 558.250 și 877.247 lei, criteriul de atribuire stabilit fiind „*prețul cel mai scăzut*”. Termenul de deschidere a ofertelor a fost stabilit pentru data de 14.06.2016, ora 10:00.

Împotriva procesului – verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 27429/14.06.2016, nemulțumite de faptul că au fost respinse pentru modalitatea de constituire a garanției de participare, ...SRL și SC ...SRL au formulat contestațiile de față, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În ceea ce privește contestația ...SRL, cercetând cu înțâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepția inadmisibilității contestației invocată din oficiu de Consiliu, în condițiile în care, la momentul formulării contestației nu era notificată autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice, se constată temeinicia acesteia.

În aprecierea acestei finalități au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

De asemenea, Consiliul a reținut că, potrivit prevederilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, (1) *Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât*

pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii (...)

(10) Sesizarea Consiliului sau instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

Potrivit art. 8 alin. (1) din același act normativ, Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz. (...)

Rezultă, așadar, din prevederile citate, că urmare a primirii răspunsului la notificarea prealabilă sau expirării termenului în care aceasta ar fi trebuit să formuleze un răspuns, contestatoarea se poate adresa Consiliului.

În conformitate cu prevederile noii legislații mai sus invocate, persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante, în acest caz procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 27429/14.06.2016, transmis în data de 14.06.2016 (așadar ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 101/2016), trebuie să înainteze autorității contractante o notificare prealabilă în referire la actul față de care este nemulțumită și în situația în care se consideră vătămată de răspunsul primit sau nu primește răspuns în termen se poate adresa Consiliului.

Contrar susținerilor contestatoarei, chiar dacă procedura de atribuire a fost inițiată sub imperiul OUG nr. 34/2006, procedura de soluționare a contestațiilor este însă cea reglementată de Legea nr. 101/2016, indiferent de cele precizate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Astfel, relevante sunt prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, intrată în vigoare la data de 26.05.2016, "dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare", și cum prezenta contestație a

fost transmisă la data de 21.06.2016, este evidentă aplicabilitatea noii legi.

Cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestației nu a respectat normele art. 6 alin. (1) și (10) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestația nefiind formulată în condițiile stabilite de legea în vigoare, ceea ce atrage sancțiunea respingerii ei ca inadmisibilă.

Așadar, în condițiile în care nu a fost îndeplinită, de către contestatoare, procedura de notificare prealabilă, contestația va fi respinsă ca inadmisibilă, în baza art. 6 alin. (1) coroborat cu art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Operând excepția inadmisibilității contestației, Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului ei.

Trecând la soluționarea celei de-a doua contestații formulate de SC ...SRL, Consiliul reține că autoarea contestației, ulterior comunicării procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 27429/14.06.2016, a notificat autoritatea contractantă, prin intermediul adresei nr. 1053/16.06.2016 în vederea remedierii conform art. 6 din Legea nr. 101/2016, solicitând reevaluarea deciziei de respingere a ofertei sale.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, transmis prin adresa nr. 28289/22.06.2016, autoritatea contractantă și-a menținut decizia dispusă în referire la oferta sa.

Având a soluționa contestația formulată împotriva actului autorității contractante apreciat nelegal, respectiv procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, Consiliul se va pronunța cu prioritate asupra excepțiilor invocate de autoritatea de contractantă.

Astfel, cu privire la excepția inadmisibilității contestației pe motiv că aceasta nu fost însoțită de dovada constituirii garanției de bună conduită, Consiliul are în vedere următoarele:

La 26.05.2016 a intrat în vigoare 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, lege care guvernează contenciosul achizițiilor publice.

Art. 69 alin. (2) din lege prescrie limpede că *"dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare"*, și cum prezenta contestație a fost transmisă la data de 23.06.2016, este evidentă aplicabilitatea noii legi.

În condițiile date, Consiliul se va raporta la prevederile art. 11 alin. (3) din actul normativ anterior evocat, potrivit căroră *"contestația formulată pe cale administrativ-jurisdicțională nu se taxează"*.

Așa cum s-a arătat anterior, chiar dacă procedura de atribuire a fost inițiată sub imperiul OUG nr. 34/2006, procedura de soluționare a contestațiilor este însă cea reglementată de Legea nr. 101/2016, contrar susținerilor autorității contractante.

Determinând că nu se impunea constituirea garanției de bună conduită, Consiliul respinge ca neîntemeiate susținerile autorității contractante în referire la excepția inadmisibilității contestației.

În continuare, procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, în contextul invocării excepției tardivității contestației de către autoritatea contractantă, Consiliul observă că societatea contestatoare își îndreaptă demersul său împotriva rezultatului consemnat în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor comunicat prin adresa nr. 27429 la data de 14.06.2016. Ulterior comunicării procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 27429/14.06.2016, a notificat autoritatea contractantă, prin intermediul adresei nr. 1053/16.06.2016 solicitând măsuri de remediere, notificare la care s-a primit răspuns prin adresa nr. 2828/22.06.2016.

Termenul legal de depunere a contestației, statuat la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, este de zece zile, începând cu cea următoare primirii răspunsului la notificarea prealabilă sau expirării termenului în care autoritatea contractantă ar fi trebuit să formuleze un răspuns. Așadar, termenul procedural de contestare a rezultatului licitației a început să curgă la 22.06.2016, data răspunsului la notificarea prealabilă și era de 10 zile calendaristice, și nu de 5 zile cum susține autoritatea contractantă, raportat la modalitatea de calcul al termenului reglementată de textul art. 5 din lege. SC ...SRL a formulat și transmis contestația la data de 23.06.2016, deci cu respectarea termenului legal.

În documentul nr. 28572/24.06.2016 intitulat „Întâmpinare”, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 256² alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, însă această trimitere la vechea legislație se vădește a fi eronată având în vedere aplicabilitatea noii legi privind remediile și căile de atac. Astfel, cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestației a respectat normele art. 6 alin. (1) și (10) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, înaintând contestația în termenul legal, ceea ce nu poate atrage sancțiunea respingerii ei ca tardivă.

Pe cale de consecință, Consiliul respinge excepția tardivității contestației SC ...SRL invocată de autoritatea contractantă.

Excepțiile fiind respinse, Consiliul va trece la soluționarea fondului cauzei, reținând că în cuprinsul procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 27429/14.06.2016, actul autorității contractante apreciat nelegal, în referire la SC ...SRL s-au consemnat următoarele: *„prezintă garanția de participare în copie a OP-ului, dar nu este conform modului și forma cerută în fișa de date conform*

secțiunea III 1.1) Condiții referitoare la contract 1.1 a) garanție de participare. Oferta este inacceptabilă potrivit art. 36 alin. (1) lit. a) din OUG 925/2006, art. 33 alin. (3) lit. b) din OUG 925/2006.”

Potrivit fișei de date a achiziției, cap. III.1.1.a) Garanție de participare,”11.165 ron. Valab. garanției de participare: 90zile de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Modul de constituire a garanției de participare: - **virament bancar** în contul RO59TREZ0215006XXX010304 deschis la Trez. Mun. ..., cod fiscal 17090393 **sau printr-un instrument de garantare** emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, **care se prezintă în original.**”

SC ...SRL a prezentat ordinul de plată nr. 1 din data de 10.06.2016, înregistrat de către aceasta cu nr. 1017 / 10.06.2016, cu mențiunea „conform cu originalul”, ordin ce atestă plata prin mijloace electronice a sumei de 5.583,00 lei. Totodată, acesta a fost însoțit de declarația privind încadrarea în categoria întreprinderilor mici și mijlocii nr. 1016/10.06.2016

Consiliul reține că ofertantul a beneficiat de reducerea cu 50% a garanției de participare, acesta încadrându-se în categoria întreprinderilor mici și mijlocii, date fiind dispozițiile art. 16 alin. (2) din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, *”Întreprinderile mici și mijlocii beneficiază de reduceri cu 50% pentru criteriile legate de cifra de afaceri, de garanția pentru participare și de garanția de bună execuție, cerute în achizițiile publice de produse, lucrări și servicii”*.

Din dispozițiile mai sus citate se observă că operatorii economici puteau depune garanția de participare și prin virament bancar care reprezintă o *operațiune de plată* fără numerar efectuată între întreprinderi, instituții etc. care au conturi de decontare deschise la bancă. Plata prin virament bancar se poate face atât prin ordin de plată clasic (tipărit) sau prin ordin de plată electronic, facilitate pusă la dispoziție de către unitățile bancare prin intermediul aplicațiilor de tip internet-banking, home-banking și mobile-banking. Ordinul de plată, în înțelesul Regulamentului Băncii Naționale a României nr. 2/2005 privind ordinul de plată utilizat în operațiuni de transfer-credit, reprezintă „o instrucțiune necondiționată, dată în orice formă de emitent instituției receptoare, în mod direct sau prin intermediul unui sistem de plăți, în scopul punerii la dispoziția unui beneficiar a sumei de plată indicate în ordinul de plată, prin creditarea unui cont al cestuia deschis la instituția destinatară sau, după caz, prin eliberarea sumei respective în numerar, în condițiile în care:

a) instituția receptoare dispune de fondurile corespunzătoare sumei de bani prevăzute în ordinul de plată fie prin debitarea unui cont al emitentului, fie prin încasarea în numerar a sumei respective de la emitent;

b) instrucțiunea nu prevede că plata să fie efectuată la cererea

beneficiarului.”

Totodată, potrivit prevederilor art. 2, punctul 15 din Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 6/2006 privind emiterea și utilizarea instrumentelor de plată electronică și relațiile dintre participanții la tranzacțiile cu aceste instrumente, potrivit cărora *„Instrumentul de plată cu acces la distanță este instrumentul ce permite utilizatorilor să aibă acces la fondurile aflate în contul deținătorului și prin intermediul căruia se pot efectua plăți către un beneficiar sau alt gen de operațiuni de transfer de fonduri și care necesită, de regulă, un nume de utilizator ori un cod personal de identificare/parolă sau orice altă dovadă a identității, necesară autentificării; în categoria instrumentelor de plată electronică cu acces la distanță sunt incluse în special cardurile, altele decât cele ce fac parte din categoria instrumentelor de plată de tip monedă electronică (indiferent dacă sunt de debit sau de credit), precum și aplicațiile de tip internet-banking, home-banking și mobile-banking. Pe lângă operațiunile de transfer de fonduri, ce conferă utilizatorului instrumentului de plată cu acces la distanță de tip internet-banking, home-banking sau mobile-banking posibilitatea transmiterii electronice a instrucțiunilor de plată din contul propriu și a transcrierii mesajului dorit pe ordinul de plată care va fi generat automat de sistem, utilizatorul poate efectua și operațiuni de schimb valutar, poate constitui depozite și poate obține informații privind soldul conturilor și al operațiunilor efectuate.*

Se are în vedere că ofertantul a optat pentru efectuarea plății garanției de participare prin mijloace electronice, aceasta fiind o modalitate de efectuare a viramentului bancar. Prin urmare, a fost emis în format electronic un mesaj de confirmare plată (ordin de plată electronic), mesaj ce a fost listat și prezentat autorității contractante.

Plata fiind efectuată integral prin mijloace electronice nu există practic un ordin de plată „în original”.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă nu poate impune tipul de virament bancar, acesta putându-se realiza cum s-a precizat anterior, atât prin ordin de plată clasic (tipărit) sau prin ordin de plată electronic.

Separat de cele de mai sus, din interpretarea dispozițiilor art. 86 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit cărora *„garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care se prezintă în original, în cuantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire”*, rezultă că prezentarea în original vizează cazul în care modalitatea de constituire a garanției de participare se face printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară sau de o societate de asigurări și nicidecum pe cel în care modalitatea de constituire a acesteia este cea prin virament bancar. Un argument în susținerea faptului că

depunerea în original se referă la modalitatea de constituire printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară sau de o societate de asigurări, este și acela că menționarea perioadei pentru care se constituie garanția de participare nu este posibilă în cuprinsul unui ordin de plată ce atestă plata prin virament bancar, câtă vreme contravaloarea sumei ce reprezintă garanția de participare este la dispoziția autorității contractante, aceasta aflându-se în contul acesteia.

Verificând susținerea autorității contractante potrivit căreia „a avut dovada că a fost constituită garanția de participare doar în data de 14.06.2016, ora 14:27 pm, cu mult peste termenul limită de deschidere a ofertelor”, Consiliul reține următoarele:

Prin adresa nr. 326/04.07.2016, emisă de ...(banca emitentă a ordinului de plată contestat), Agenția ..., către SC ...SRL, aceasta a confirmat că „ordinul de plată în valoare de 5.583,00 lei generat în data de 10.06.2016, transmis spre decontare către bancă prin serviciu de internet Banking la ora 15:30, având beneficiar, s-a debitat în data de 13.06.2016, la prima ședință de decontare începând cu ora 09:00.”

Din cele mai sus reținute, se constată că s-a făcut dovada debitării sumei din contul plătitorului în contul autorității contractante la data de 13.06.2016.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă, extrasul de cont prezentat de autoritatea contractantă, *editat la data: 14.06.2016, 02:27 PM*, emis de Trezoreria Municipiului ..., pentru *contul : RO59TREZ0215006XXX010304*, nu este în măsură să demonstreze că la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor (14.06.2016, ora 10:00) suma reprezentând contravaloarea garanției de participare ce trebuia constituită de contestatoare nu se afla în contul constituit în acest scop. Data de 14.06.2016, 02:27 PM, reprezintă data emiterii respectivului extras și nu reprezintă o dovadă că la data și ora respectivă au intrat banii în cont.

În condițiile în care, în cuprinsul respectivului extras este menționată în mod clar, data plății 13.06.2016, IBAN Plătitor/Beneficiar RO41...E080SV45772440800, cod plătitor 23596366, nume plătitor/beneficiar ...SRL, credit 5.583,00 lei reprezentând contravaloare garanție de participare, aceasta reprezintă data realizării efective a operațiunii.

Însăși autoritatea contractantă susține că „*extrasul de cont din 14.06.2016 a fost listat la ora 14,27 și comunicat subscrisei în dimineața zilei de 15.06.2016*”, deci data de 14.06.2016, ora 14,27 reprezintă momentul listării respectivului extras și nicidecum nu reprezintă data și ora când a intrat suma respectivă în cont.

Deși, autoritatea contractantă, în documentele transmise urmare solicitării Consiliului, a prezentat și un extras de cont *editat la data: 13.06.2016, 02:13 PM*, emis de Trezoreria Municipiului ..., pentru

contul : RO59TREZ0215006XXX010304, nici acesta nu va fi reținut ca dovadă a lipsei constituirii garanției de participare la data și ora deschiderii ofertelor, întrucât așa cum s-a arătat anterior, data de 13.06.2016, 02:13 PM, reprezintă data și ora emiterii respectivului extras.

Contrar susținerilor autorității contractante, se impunea ca aceasta să manifeste o minimă diligență și să obțină la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor, un extras de cont sau orice alt document emis de Trezorerie din care să rezulte situația sumelor reprezentând contravaloarea garanției de participare, depuse în contul constituit în acest scop.

Consiliul consideră relevante dispozițiile art. 84 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: *„Garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului de achiziție publică sau a acordului-cadru.”*

Prin urmare, plecând de la scopul constituirii garanției de participare, de protecție a autorității contractante, și luând în considerare faptul că, înainte de data limită de depunere a ofertelor societatea contestatoare a depus dovada constituirii garanției de participare, Consiliul consideră că nu poate fi pusă în discuție lipsa constituirii garanției de participare. Luând în considerare cele prezentate, Consiliul determină că autoarea contestației a respectat prevederile art. 86 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 potrivit căroră *„în orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor”*.

Totodată, se apreciază că nu sunt incidente prevederile art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006: *„În cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care se încadrează într-una dintre următoarele situații: ... b) nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantum, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire”*, autoritatea contractantă neavând niciun motiv de respingere a acestei oferte, documentele prezentate de aceasta pentru constituirea garanției de participare fiind în cuantum și forma solicitate prin documentația de atribuire.

Din conținutul procesului-verbal nr. 27429/14.06.2016 încheiat cu prilejul deschiderii ofertelor, se observă că, în cazul ofertantului SC ...SRL, nu au fost consemnate elementele principale ale ofertei sale potrivit prevederilor art. 33 alin. (4) din HG nr. 925/2006, care stipulează *„ședința de deschidere se finalizează printr-un proces – verbal semnat de membrii comisiei de evaluare și de reprezentanți ai operatorilor economici prezenți la ședință, în care se consemnează*

modul de desfășurare a ședinței respective, aspectele formale constatate la deschiderea ofertelor, elementele principale ale fiecărei oferte, consemnându-se totodată lista documentelor depuse de fiecare operator economic în parte (...).

Obligația autorității contractante de a consemna elementele principale ale ofertei nu este condiționată de îndeplinirea cerințelor cu privire la garanția de participare.

Față de cele constatate, și având în vedere că în procedură nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, nefiind consemnate elementele principale ale ofertei prezentate de contestatoare (prețul, perioada de valabilitate a ofertei, lista documentelor depuse de contestatoare etc), în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, în conformitate cu dispozițiile antecitate și având în vedere și încălcarea principiului transparenței prevăzut la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va dispune anularea procedurii de atribuire.

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

În temeiul art. 6 alin. (1) coroborat cu art. 26 alin. (1) și (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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca inadmisibilă contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.