

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36234/21.07.2022, depusă de către SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... reprezentată legal de dl. ... lider al Asocierii SC ... SRL – ...SRL, formulată împotriva procedurii simplificate online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Modernizare DC 25A în comuna Vlădeni, județul Dâmbovița*”, organizată de către ... cu sediul în comuna ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 4232/14.07.2022, a raportului procedurii nr. 4242/14.07.2022, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora,
- obligarea autorității contractantă la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei depuse de Asocieria SC ... SRL.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36234/21.07.2022, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca fiind inacceptabilă.

Contestatoarea, menționează că oferta sa a fost respinsă în mod nelegal, autoritatea contractantă justificând că garanția de participare nu a fost constituită la data depunerii ofertelor, în quantumul solicitat, ofertantul prezentând ulterior, ca urmare a solicitărilor de clarificări, dovada suplimentării acesteia.

În fapt, prin publicarea fișei de date, autoritatea contractantă a solicitat constituirea Garanției de participare în quantum de 6.300 lei, iar la data de 15.12.2021, prin răspunsul la solicitarea unui ofertant,

autoritatea contractanta a solicitat ca garanția de participare să fie constituită în valoare de 18.300 lei.

Ca urmare a publicării de către autoritatea contractantă a anunțului de participare nr. .../07.12.2021, SC ... SRL a constituit garanția de participare în suma cerută în fișa de date, respectiv 6.300 lei, ulterior suplimentând valoarea până la suma de 18.300 lei prin actul adițional nr. 1 din 23.12.2021 emis de ... S.A.

Contestatoarea apreciază că sunt aplicabile prevederile art.132 alin (3) din HG nr. 395/2016, conform căroră: *„În condițiile art. 215 alin (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări în termen de o zi lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale Garanției de participare, precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă”.*

Autoritatea contractantă a aplicat aceste prevederi legale, solicitându-i SC ... SRL clarificări la data de 24.12.2022 prin adresa nr. 8093, cu termen de răspuns conform legii de 3 zile lucrătoare. La această solicitare contestatoarea a răspuns în data de 27.12.2021 prin adresa nr. 1423, prin care a arătat că a constituit garanția de participare în quantumul solicitat de autoritatea contractantă, suplimentând valoarea până la suma de 18.300 lei prin actul adițional nr. 1 din 23.12.2021 emis de ... SA și având în vedere că garanția de participare este constituită pe întreaga sumă, autoritatea contractantă este asigurată pe toată perioada procedurii de atribuire.

Plecând de la scopul constituirii Garanției de participare, de a proteja autoritatea contractantă de un eventual comportament necorespunzător al ofertantului pe toată durata desfășurării procedurii de atribuire și luând în considerare că SC ... SRL a depus dovada suplimentării în termenul legal prin solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a declarat oferta respinsă în mod nelegal, scopul consacrat prin dispozițiile art. 35 din HG nr. 395/2016, acoperind riscurile prevăzute de lege și de documentația de atribuire, neexistând niciun inconvenient pentru autoritatea contractantă de a executa garanția de participare în cazurile prevăzute de art. 37 din HG nr. 395/2016.

Câtă vreme suma constituită în acest sens a fost suplimentată în termenul legal, oferta SC ... SRL nu trebuie să fie respinsă având în vedere că a răspuns în mod concludent la solicitarea de clarificări.

Contestatoarea consideră că sunt aplicabile prevederile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016: În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de

clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Prin neacceptarea garanției de participare pusă la dispoziția autorității contractante, aceasta încalcă principiile tratamentului egal, proportionalității și eficienței utilizării fondurilor în condițiile în care legea permite comisiei de evaluare să clarifice orice neconcordanță cu privire la condițiile de formă, cuantumul și valabilitatea garanției de participare, în termen de 3 zile lucrătoare, procedura fiind îndeplinită.

Autoritatea contractantă nu avea motive de fapt și de drept pentru excluderea din procedură. Acceptarea instrumentului de garantare, prezentat în urma solicitării de clarificări, în data de 27.12.2021, nu poate reprezenta un avantaj incorect acordat SC ... SRL, întrucât garanția de participare este la dispoziția autorității contractante (singura parte avantajată de întocmirea ei), pe durata întregii proceduri de atribuire și în cuantumul stabilit.

Cu toate că SC ... SRL a clarificat toate aspectele legate de garanția de participare, comisia de evaluare a procedat la respingerea ofertei ca inacceptabilă, în pofida prevederilor art. 132 alin (3), care stipulează că oferta este respinsă ca inacceptabilă în cazul în care ofertantul nu răspunde la solicitarea de clarificare, or SC ... SRL a răspuns în mod concludent la solicitare.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, SC ... SRL a arătat că cerințele privind garanția de participare sunt îndeplinite, garanția de participare respectând condițiile stipulate în legislația în vigoare, respectiv art. 154 alin. (4).

Autoritatea contractantă a depus în copie, dosarul achiziției, cu adresa de înaintare nr. 4437/27.07.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 37129/27.07.2022, precum și punctul de vedere nr. 4422/26.07.2022 prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ...SRL ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă menționează că în urma vizualizării documentației de atribuire de către operatorii economici interesați să depună ofertă la procedura de atribuire, s-a primit solicitare de clarificări privind documentația de atribuire, prin care a fost sesizat faptul că în cadrul documentației de atribuire există neconcordanțe privind garanția de participare, în sensul că în cuprinsul Informațiilor pentru ofertanți era menționat *„Ofertanții vor constitui garanția de participare în cuantum de 18.300 lei”*, iar în fișa de date fiind menționat *„III. 1.6. a) Garanție de participare: „Ofertanții vor constitui garanția de participare în cuantum de 6.300 lei. ”*.

În acest sens, pentru a clarifica eroarea sesizată în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a formulat răspuns consolidat la solicitarea de clarificări, înregistrat cu nr.7804 din 15.12.2021, pe care l-a transmis online, în SEAP, pentru a putea fi vizualizat de către toți operatorii economici interesați să depună oferta la procedură.

Ca răspuns la anunțul de participare nr. SCN 1098291 din 07.12.2021, următorii ofertanți au depus ofertă semnată cu semnătură electronică, respectând termenul limită de depunere a ofertelor:

Asocierea SC ... SRL și SC ... SRL; Asocierea SC ... SRL și SC ... SRL; Asocierea SC ... SRL și SC ... SRL; Asocierea SC ... SRL și SC ... SRL.

În urma evaluării garanțiilor de participare, Comisia de evaluare a constatat faptul ca ofertanții Asocierea SC ... SRL și SC ... SRL, precum și Asocierea SC ... SRL și SC ... SRL, au depus garanții de participare în valoare de 6.300 lei, astfel cum era solicitat în documentația de atribuire inițială, fapt care dovedește că ofertanții nu și-au însușit în totalitate informațiile transmise de către autoritatea contractantă, inclusiv cele transmise prin răspunsul consolidat.

În ceea ce privește garanția de participare depusă de către ofertantul Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, comisia de evaluare a consemnat următoarele:

- Polița de asigurare de garanții pentru participarea cu ofertă la procedura de atribuire a contractului de achiziție public seria AX nr. 095054/20.12.2021, însoțită de Garanția de participare la procedură, prin care ABC Asigurări Reasigurări SA se obligă în mod irevocabil și necondiționat, față de Comuna Vlădeni, să plătească suma de 6.300 de lei, la prima sa cerere pe baza declarației cu privire la culpa persoanei garantate.

Instituție emitentă: ... SA

Suma asigurată: 6.300 lei

Asigurat: Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL

Beneficiar: ...)

Denumire contract: *Modernizare DC 25A în Comuna Vlădeni, județul Dâmbovița* Perioada de asigurare: 122 de zile, de la data de 23.12.2021 până la 23.04.2022.

Ordin de plată nr. 1608 din 20.12.2021 privind plata contravalorii primei de asigurare în cuantum de 200 lei, plătitor - SC ... SRL, beneficiar ... SA.

În urma analizării Garanției de participare depuse de către ofertant până la data limită de depunerea ofertelor, comisia de evaluare a hotărât solicitarea de clarificări.

Astfel, prin adresa nr. 8093/24.12.2021 s-au solicitat clarificări ofertantului Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL cu termen de răspuns 29.12.2021, privind următoarele aspecte:

- justificarea constituirii Garanției de participare prin Polița de asigurare de garanții seria AX nr. 095054/20.12.2021, însoțită de Garanția de participare la procedura emisă de ... SA, în cuantum de 6.300 lei, cu precizarea că valoarea garanției de participare solicitată este de 18.300 lei, în conformitate cu prevederile punctului 2. INSTRUCIUNI PRIVIND GARANȚIILE SOLICITATE, A. Garanția de

participare din Instrucțiuni pentru ofertanți (parte a Documentației de atribuire) și ale răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 8 din Răspuns clarificări consolidată publicat în SEAP la Secțiunea LISTA CLARIFICĂRI, NOTIFICĂRI ȘI DECIZII în data de 15.12.2021).

Ofertantul Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL a transmis răspuns la solicitarea de clarificări prin adresa nr. 1423/27.12.2021, după cum urmează:

„Vă transmitem următoarele:

- *Actul adițional nr. 1 la Garanția de participare, încheiat la data de 23.12.2021, prin care s-a modificat suma asigurată de la 6.300 lei la 18.300 lei, cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire;*

- *Dovada plata act adițional".*

Urmare a clarificărilor solicitate, ofertantul Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL a depus următoarele documente:

- Act adițional nr. 1 din 23.12.2021 la Polița de asigurare de garanții seria AX nr. 095054/20.12.2021 prin care se modifică suma asigurată în 18.300 lei;

- Ordin de plată nr.1647 din 27.12.2021 privind plata contravalorii primei de asigurare în cuantum de 50 lei, plătitor - S.C. ... S.R.L., beneficiar ... SA.

În susținerea deciziei comisiei de evaluare de a declara oferta inacceptabilă, autoritatea contractantă menționează faptul că, prin solicitarea de clarificări transmisă ofertantului, comisia de evaluare solicita acestuia justificarea constituirii garanției de participare în valoare de 6.300 lei, având în vedere că documentația de atribuire și răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire, prevedea constituirea acesteia în sumă de 18.300 lei.

Ofertantul nu justifică cele solicitate de comisia de evaluare, ci transmite Actul adițional nr. 1 la Garanția de participare și dovada plății prin care este suplimentată valoarea acesteia, fapt ce conduce la concluzia că acesta a înțeles abia în urma solicitării de clarificări că, garanția de participare trebuia constituită în cuantumul corect de 18.300 lei. Ofertantul era obligat să studieze cu atenție documentația de atribuire, precum și toate completările și răspunsurile la eventualele solicitări de clarificare privind documentația de atribuire, astfel încât la data limită de depunere a ofertelor, aceasta să fie conformă cu solicitările autorității contractante.

Comisia de evaluare precizează, în mod justificat, că garanția de participare prezentată de ofertantul Asocierea ... SRL - SC ... SRL nu a fost constituită, la data depunerii ofertelor, în cuantumul solicitat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, prezentând ulterior, ca urmare a solicitărilor de clarificări, dovada suplimentării acesteia, ofertantului revenindu-i obligația de a constitui garanția de participare în forma, cuantumul și valabilitatea solicitată în documentația de atribuire până la data și ora limită de depunere a ofertelor.

Constituirea garanției de participare în cuantum de 6.300 lei dovedește faptul că ofertantul nu și-a însușit în totalitate informațiile transmise de către autoritatea contractantă, inclusiv cele transmise prin răspunsul consolidat și nu a studiat cu atenție documentația de atribuire.

Prin răspunsurile transmise, ofertantul a completat omisiunea inițială de constituire a garanției de participare în cuantumul complet prin transmiterea actului adițional de completare a valorii garanției până la suma solicitată în documentația de atribuire, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, producând astfel un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire care au înțeles să își însușească și să respecte cerințele procedurii, fapt care vine în contradicție cu prevederile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere că la procedura de atribuire a contractului de lucrări ce au fost depuse mai multe oferte, două dintre acestea constituind garanția de participare în mod eronat în cuantum de 6.300 lei și celelalte două constituind garanția de participare în mod corect în cuantum de 18.300 lei, comisia de evaluare este obligată să respecte principiul tratamentului egal ce stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzut în art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Declararea ca fiind admisibilă a ofertei depuse de ofertantul Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL ar fi condus la crearea unui dezavantaj ofertanților care și-au însușit în mod corect informațiile din documentația de atribuire și au constituit garanția de participare, până la data și ora limită de depunere a ofertelor, în forma, cuantumul și valabilitatea solicitată în documentația de atribuire.

În urma verificării garanției de participare ce însoțește oferta depusă de către ofertantul Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL și ca urmare a evaluării răspunsului la solicitările de clarificări referitoare la neconcordanțe cu privire la condițiile de formă, cuantum și valabilitate a garanțiilor de participare, comisia de evaluare a declarat, în mod justificat, oferta ca fiind inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 215, alin (4) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 132 alin (3); art. 134, alin (5) și art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Urmare punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă și a studierii dosarului achiziției, contestatoarea a depus concluzii scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 37808/01.08.2022, prin care solicită

- respingerea apărărilor invocate de autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere ca fiind nefondate;

- admiterea contestației raportat la motivele pe care le-a expus în cuprinsul contestației și pe care le dezvoltă în cuprinsul concluzii și, pe cale de consecință:

- anularea adresei nr. 4232/14.07.2022, a raportului procedurii nr. 4242/14.07.2022, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei depuse de Asocieria SC ...SRL.

Contestatoarea reiterează motivul care a stat la baza formulării contestației, respectiv netemeinicia și nelegalitatea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale, bazată pe o pretinsă neîndeplinire a cerinței referitoare la garanția de participare.

Prin solicitarea de clarificare nr. 8093 din data de 24.12.2021, autoritatea a cerut asocierii să justifice constituirea garanției de participare în cuantum de 6.300 lei, având în vedere că prin Răspunsul consolidat din 15.12.2021, valoarea garanției de participare solicitată este de 18.300 lei.

Contestatoarea arată că a atașat actul adițional la garanția de participare, având nr. 1/23.12.2021, prin care a făcut dovada îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire.

În opinia petentei, din moment ce legislația permite clarificarea neconcordanțelor privind garanția de participare, acceptarea răspunsului la solicitare de clarificare nu reprezintă un avantaj față de ceilalți ofertanți, ci doar tratamentul ofertantului în litera legii. Acceptarea răspunsului nu poate echivala cu acordarea unui avantaj, atâta timp cât legislația prevede în mod explicit posibilitatea clarificării.

Obiectivul prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 este acela de a oferi oportunitatea comisiei de evaluare de a solicita clarificări privind neconcordanțele garanției de participare, inclusiv la cuantumul acesteia, ofertanții având un termen de 3 zile pentru a răspunde.

Astfel, arată contestatoarea, autoritatea contractantă s-a prevalat doar parțial de textul legii, prin transmiterea solicitării de clarificări, dar nu a mai luat în considerare răspunsul, subminând însuși scopul acestei prevederi legislative, acela de a permite clarificarea aspectelor legate de garanția de participare. În opinia sa, respingerea ofertei ca inacceptabilă pentru aspecte a căror îndreptare este prevăzută de lege este o dovadă a formalismului excesiv. Scopul garanției de participare este acela de a proteja autoritatea contractantă față de un eventual comportament necorespunzător al ofertanților, iar prin răspunsul transmis nu a făcut decât să confirme că este de acord cu condițiile impuse prin documentația de atribuire, fapt confirmat de mențiunea de la pag. 3 din procesul-verbal nr. 164/10.01.2022, unde s-a consemnat că suma asigurată este de 18.300 lei.

De asemenea, contestatoarea consideră că această decizie este împotriva intereselor autorității contractante, întrucât restrânge numărul participanților la procedură și implicit numărul ofertelor pe care le poate avea în vedere, ceea ce poate duce la o utilizare inefficientă a fondurilor publice, ținând cont de faptul că oferta asocierii SC ... SRL - SC ... SRL, de 1.415.037,34 lei, are o valoare mai mică decât oferta desemnată câștigătoare, în valoare de 1.468.822,69 lei. Scopul autorităților

contractante în cadrul unei proceduri de atribuire este acela de a asigura concurența între operatorii economici, în vederea atribuirii contractului în cele mai bune condiții și cu respectarea criteriilor de atribuire, respectiv prețul cel mai scăzut, astfel cum este prevăzut în cap. II.2.5. din fișa de date, iar nu de a dispune respingerea ofertelor admisibile, astfel cum este oferta sa.

Totodată, contestatoarea învederează Consiliului că, în loc să dea dovadă de transparență și să îi comunice decizia de respingere a ofertei de îndată, autoritatea contractantă a amânat transmiterea comunicării privind respingerea ofertei până în data de 14.07.2022, după încheierea etapelor de evaluare tehnică și financiară a ofertelor depuse.

Astfel, în procesul-verbal nr. 8254/31.12.2021 al ședinței de evaluare a clarificărilor solicitate cu privire la garanția de participare, comisia de evaluare a decis că e necesară transmiterea garanției în original. În baza acestui proces-verbal, a primit solicitarea de clarificări nr. 8245/30.12.2022, în vederea prezentării în original a poliței de asigurare seria AX nr. 095054/20.12.2021, însoțită de Garanția de participare la procedură și de actul adițional nr. 1/23.12.2021 la Poliță, iar contestatoarea a dat curs solicitării și a prezentat documentele în original, la sediul autorității contractante, conform adresei nr. 06/04.01.2022, înregistrată la ... sub nr. 50/04.01.2022.

Ulterior, în procesul-verbal nr. 164/10.01.2022 privind evaluarea garanțiilor de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, pe prima pagină, au fost declarate admise ofertele prezentate de ofertanții participanți. Pe ultima pagină din același proces-verbal (pag. 12), comisia de evaluare a declarat rezultatul admis și continuarea procesului de evaluare în secțiunea următoare. La momentul respectiv, comisia de evaluare a considerat îndeplinite cerințele minime, inclusiv cele privind garanția de participare.

Ulterior, arată contestatoarea, a mai primit încă două solicitări de clarificare de la autoritatea contractantă, nr. 2565/18.04.2022 și nr. 3743/17.06.2022, ambele privind prelungirea ofertei și a garanției de participare până la data de 23.06.2022, respectiv 23.07.2022, solicitări la care a răspuns prin adresele 453/20.04.2022 și C690/22.06.2022, prezentând în ambele cazuri dovada prelungirii ofertei și actele adiționale la polița de asigurare privind garanția de participare. Astfel, petenta consideră că, prin aceste solicitări, autoritatea contractantă își contrazice propria decizie.

În urma studierii dosarului achiziției și a documentelor care îl alcătuiesc, aceasta consideră neclar modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta sa după decriptarea ofertei financiare, însă apreciază motivele ca fiind nelegale și afectează credibilitatea procesului de evaluare.

În concluzie, contestatoarea susține că respingerea ofertei asocierii SC ... SRL nu este fondată, aspect pentru care solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus cautiunea în valoare de 28.297,46 lei, prin recipisa de consemnare nr. 208252656/1/25.07.2022, emisă de CEC Bank, Sucursala Ploiești.

Cautiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat la 07.12.2021, procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Modernizare DC 25A în comuna Vlădeni, județul Dâmbovița”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ... și a documentației de atribuire, valoarea estimată fiind de 1.835.423,66 lei, fără TVA, termen stabilit pentru depunerea ofertelor 23.12.2021, ora 15:00. Criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 4242/14.07.2022, în cadrul procedurii au fost depuse 4 oferte printre care și cea a contestatoarei din prezenta cauză, respectiv Asocierea SC ... SRL.

Împotriva rezultatului acesteia, comunicat cu adresa nr. 4232/14.07.2022, a formulat contestație SC ... SRL în numele Asocierii Asocierea SC ... SRL – ... SRL, prin care solicită anularea adresei nr. 4232 din 14.07.2022, a raportului procedurii de atribuire nr.4242/14.07.2022 și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei depuse de Asociere.

Consiliul constată că SC ... SRL critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin.(5) și alin. (6) din HG nr. 395/2016, invocând nelegalitatea acesteia.

Pentru a putea stabili caracterul legal sau nu al acesteia, Consiliul analizează motivele concrete avute în vedere de către comisia de evaluare în luarea deciziei și constată că acestea sunt cele comunicate cu adresa nr. 4232/14.07.2022, respectiv, faptul că:

„În urma analizării Garanției de participare depuse de către ofertant până la data limită de depunere a ofertelor, Comisia de evaluare a hotărât solicitarea de clarificări.

Astfel, prin Adresa nr. 8093 din data de 24.12.2021 s-au solicitat clarificări ofertantului Asocierea S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L. cu termen de răspuns 29.12.2021, privind următoarele aspecte:

-justificarea constituirii Garanției de participare prin Polița de asigurare de garanții seria AX nr. 095054/20.12.2021, însoțită de Garanția de participare la procedură emisă de ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI S.A., în cuantum de 6.300 lei. Facem precizarea că valoarea garanției de participare solicitată este de 18.300 lei. În conformitate cu prevederile punctului 2. INSTRUCȚIUNI PRIVIND GARANȚIILE SOLICITATE, A. Garanția de participare din instrucțiuni pentru ofertanți (parte a Documentației de atribuire) și ale Răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 8 din Răspuns clarificări consolidat (publicat în SEAP la Secțiunea LISTA CLARIFICĂRI, NOTIFICĂRI ȘI DECIZII în data de 15.12.2021).

Ofertantul Asocierea S.C... S.R.L. și S.C. ... S.R.L. a transmis răspuns la solicitarea de clarificări prin Adresa nr. 1423/27.12.2021, după cum urmează:

«vă transmitem următoarele:

-Actul adițional nr. 1 la Garanția de participare, încheiat la data de 23.12.2021, prin care s-a modificat suma asigurată de la 6.300 lei la 18.300 lei, cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire;

-Dovada plată act adițional»

Urmare a clarificărilor solicitate, ofertantului Asocierea S.C. ... S.R.L. și S.C. ...S.R.L. a depus următoarele documente:

-Act adițional nr. 1 din 23.12.2021 la Polița de asigurare de garanții seria AX nr. 095054/20.12.2021 prin care se modifică suma asigurată în 18.300 lei;

-Ordin de plată nr. 1647 din 27.12.2021 privind plata contravalorii primei de asigurare în cuantum de 50 lei, plătitor – S.C. ... S.R.L., beneficiar ABC Asigurări Reasigurări SA.

În urma vizualizării clarificărilor primite cu privire la garanția de participare, comisia de evaluare a concluzionat următoarele:

-Decide că sunt necesare clarificări, în conformitate cu art. 132, alin. 3 din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu privire la dovada constituirii garanției de participare de către ofertantul Asocierea S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L., în sensul depunerii la sediul autorității contractante, a Poliței de asigurare de garanții seria AX nr. 095054/20.12.2021 la Polița, emise de EUROINS ROMÂNIA ASIGURARE REASIGURARE S.A., în original;

Astfel, prin Adresa nr. 8245/30.12.2021, cu termen de răspuns 07.01.2022, s-a solicitat ofertantului Asocierea S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L., depunerea în original la sediul autorității contractante a Garanției de participare.

În urma analizării Garanției de participare și a răspunsurilor la solicitările de clarificări transmise de ofertant, Comisia de evaluare a concluzionat următoarele:

-garanția de participare prezentată de ofertant Asocierea S.C. ...S.R.L. și S.C. ... S.R.L. nu a fost constituită, la data depunerii ofertelor, în cuantumul solicitat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, prezentând ulterior, ca urmare a solicitărilor de clarificări, dovada suplimentării acesteia,

ofertantului revenindu-i obligația de a constitui garanția de participare în forma, cuantumul și valabilitatea solicitată în documentația de atribuire până la data și ora limită de depunere a ofertelor.

Prin răspunsurile transmise ofertantul a completat omisiunea inițială de constituire a garanției de participare în cuantumul complet, această completare nefiind susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, producând astfel un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Astfel, comisia de evaluare consideră răspunsurile transmise de ofertant la solicitările de clarificări ca fiind neconcludente și, în conformitate cu prevederile art. 215, alin. 4 din Legea 98/2016, coroborat cu art. 132, alin. 3, art. 134, alin. 5 și art. 135 alin. 3 din HG 395/2016, declară oferta ca fiind INACCEPTABILĂ. (...).

Verificând informații comunicate de către autoritatea contractantă în SEAP operatorilor economici, Consiliul constată că într-adevăr în fișa de date a achiziției, la Cap. III.1.6) Depozite valorice și garanții solicitate, III.1.6.a) Garanție de participare, este prevăzut că „Ofertanții vor constitui garanția de participare în cuantum de 6.300 lei” iar în documentul „Instrucțiuni pentru ofertanți”, punctul 2 Instrucțiuni privind garanțiile solicitate, litera A. Garanția de participare, este prevăzut că „Ofertanții vor constitui garanția de participare în cuantum de 18.300 lei”.

În etapa premergătoare depunerii ofertelor, au fost solicitate clarificări cu privire la prevederile documentației de atribuire, inclusiv cu privire la neconcordanța sesizată de aceștia dintre cuantumul garanției de participare indicat în Fișa de date și Instrucțiuni pentru ofertanți.

Consiliul constată că prin adresa nr. 7804/15.12.2021 denumită „Răspuns clarificări consolidat” autoritatea contractantă a adus la cunoștința operatorilor economici faptul că „Valoarea Garanției de participare este de 18.300 lei. Anexa nr. 3 la Formularul de ofertă este un model orientativ, se va completa de fiecare ofertant în funcție de lucrările oferite”.

Potrivit procesului verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 8094/24.12.2021, ofertantul Asocieria SC ... SRL – ... SRL a prezentat Polița de asigurare de garanții seria AX nr. 095054/20.12.2021, pentru suma asigurată de 6.300 lei.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a solicitat ofertantului contestator prin adresa nr. 8091/24.12.2021 următoarele clarificări:

„justificați constituirea Garanției de participare prin Polița de asigurare de garanții seria BBe nr.00012013/22.12.2021, însoțită de Cerere-chestionar și Instrument de garantare de participare emisă de ... S.A, în cuantum de 6.300 lei. Facem precizarea că valoarea garanției de participare solicitată este de 18.300 lei, în conformitate cu prevederile punctului 2. INSTRUCȚIUNI PRIVIND GARANȚIILE SOLICITATE, A. Garanția de participare din Instrucțiuni pentru ofertanți (parte a Documentației de atribuire) și ale Răspunsului la

solicitarea de clarificări nr. 8 din Răspuns clarificări consolidat (publicat în SEAP la Secțiunea LISTA CLARIFICĂRI, NOTIFICĂRI ȘI DECIZII în data de 15.12.2021)“.

Cu adresa nr. 1423/27.12.2021 contestatoarea a răspuns solicitării și a transmis următoarele documente:

„-Actul adițional nr. 1 la Garanția de participare, încheiat la data de 23.12.2021, prin care s-a modificat suma asigurată de la 6.300 lei la 18.300 lei, cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire;

-Dovada plății act adițional”

În soluționarea criticilor formulate, Consiliul constată că sunt relevante în prezenta speță următoarele prevederi legale:

-art. 35 din HG nr. 395/2016, potrivit căruia „(1) 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.36 din HG nr. 395/2016 care stabilesc că:

„(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii, astfel:

a) scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat;

b) asigurare de garanții emisă:

- fie de o societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară.

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate”;

-art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 „(3) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, **privind eventualele neconcordanțe referitoare la** îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la **cuantumul** sau valabilitatea acesteia, **acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde** la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă”.

Prin urmare, chiar dacă ofertantul nu avea constituită garanția de participare în cuantumul de 18.300 lei, care a făcut de altfel obiectul unei clarificări din partea autorității contractante întrucât existau valori diferite în cuprinsul documentației de atribuire, comisia de evaluare avea obligația să solicite clarificări cu privire la aceasta.

Consiliul constată că în aceeași situație se află și un alt ofertant dintre cei patru care au depus oferte, împrejurare care s-a datorat culpei autorității contractante în ceea ce privește modul de elaborare a documentației de atribuire, respectiv cu nerespectarea dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*.

În soluționarea contestației, Consiliul constată că autoritatea contractantă era obligată la respectarea dispozițiilor art. 35 alin. (3) din HG nr. 395/2016, potrivit căreia *„(3) Anunțul de participare/simplificat/de concurs trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare:*

a) valoarea, ce 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;

b) perioada de valabilitate care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire”.

Faptul că ulterior a adus clarificări cu privire la informațiile diferite din cuprinsul documentației de atribuire, în speță cu privire la cuantumul garanției de participare nu face altceva decât să conducă la concluzia că o completare a garanției de participare ulterior datei de depunere a ofertei ca urmare a solicitării autorității contractante, în cazul a doi din patru ofertanți participanți la procedura de atribuire, nu este de natură a elimina pe aceștia din procedură, având în vedere că scopul derulării procedurilor de achiziție publică este tocmai acela de a asigura competiția.

Consiliul va reține în soluționare că pornind de la scopul constituirii acestei garanții de participare, așa cum este acesta reglementat de art. 35 din HG nr. 395/2016, respectiv *„protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire”*, autoritatea contractantă întemeiat a solicitat clarificări, însă în mod nelegal a luat decizia de a respinge oferta ca inacceptabilă de vreme ce scopul era îndeplinit.

În acest sens, Consiliul are în vedere că ofertantul Asocierea SC ... SRL a constituit garanția de participare în cuantumul solicitat de autoritatea contractantă prin fișa de date și completat în termenul de 3

zile stabilit de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 astfel că aceasta este protejată de riscul unui comportament necorespunzător al acestui ofertant, îndeplinindu-și scopul pentru care a fost constituită.

Interpretarea dată prevederilor legale citate anterior de autoritatea de reglementare este în același sens, pe site-ul ANAP la secțiunea spețe, regăsindu-se întrebarea și răspunsul de mai jos;

„Intrebare

Se acceptă modificarea cuantumului garanției de participare sau se respinge oferta ca inacceptabila în baza art. 137 alin. (2) lit. a) din H.G. nr. 395/2016?

Răspuns

Potrivit prevederilor art. 36 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire. Totodată precizăm că potrivit art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă”.

Consiliul reține de asemenea că Agenția Națională pentru Achiziții Publice a emis Notificarea privind acceptarea în procedurile de achiziție publică/sectorială a garanțiilor de participare/de bună execuție emise de către instituțiile financiare nebancare, prin care aduce la cunoștința operatorilor economici, printre altele, că:

*„(...), **instrumentele de garantare** reglementare prin legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale, menționate mai sus, trebuie să îndeplinească următoarele condiții: (...)*

-să respecte toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar, precum și pe cele care derivă din legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale, respectiv îndeplinirea tuturor condițiilor referitoare la cuantum, perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cererea a beneficiarului în situația de culpă a persoanei garantate etc., astfel încât autoritatea/entitatea contractantă să poată emite pretenții asupra garanțiilor în cazul în care ofertantul dovedește un comportament necorespunzător pe perioada implicării sale în procedura de atribuire, sau în cazul în care contractantul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract”.

Mai mult decât atât, Consiliul reține că în perioada dedicată evaluării ofertelor, prin adresa nr. 2565/18.04.2022, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei „să declarați menținerea valabilității ofertei până la data de 23.06.2022 și să prelungiți valabilitatea garanției de participare până la acea dată”, demers care,

așa cum susține și contestatoarea, apare în contradicție cu decizia luată ulterior.

Față de împrejurarea reținută anterior în considerente, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor, autoritatea contractantă aplicând în mod nelegal măsura declarării ofertei Asocierii SC ... SRL ca inacceptabilă. În contextul de mai sus, autoritatea contractantă nu poate pune în sarcina ofertanților propria culpă, respectiv aceea de a elabora documentația de atribuire cu informații necorelate, ca ulterior, în cazul în care ofertanții nu urmăresc cu foarte mare atenție clarificările publicate cu câteva zile înainte de depunerea ofertelor, să fie eliminați din competiție.

Consiliul va reține de asemenea, contrar susținerilor autorității contractante, că prin acceptarea completării cunatumului garanției de participare, care s-a datorat unei documentații elaborate cu nerespectarea art. 154 din Legea nr. 98/2016, nu se produce niciun avantaj în favoarea contestatoarei de vreme ce solicitarea a privit ***„eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la **cuantumul** sau valabilitatea acesteia, **acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde**”***, termen care a fost respectat de către contestatoare.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL lider al Asocierii SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 4242/14.07.2022 cât și actele subsecvente acestuia și dispune reevaluarea ofertei depuse de Asocierea SC SRL, conform considerentelor de mai sus.

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

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, admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL lider al Asocierii SC ... SRL, în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 4242/14.07.2022 cât și actele subsecvente acestuia și dispune reevaluarea ofertei depuse de Asocierea SC SRL, conform considerentelor de mai sus.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

....

MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini.

...