CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data...

Prin contestația nr. 385/08.11.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 46403/08.11.2018, respectiv, sub nr. 46608/09.11.2018, SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, cu sediul în oraș ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J35/2390/2009, având CIF RO 26291604, reprezentată legal de ..., în calitate de Administrator, a contestat procesul verbal de deschidere/vizualizare oferte din data de 05.11.2018, emis în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări «Asfaltare DJ 588B Rovinița Mare Percosova – Gherman, L=13,5 km»”, cod CPV 45233 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., ... și a solicitat anularea comunicării respingerii ofertei.

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

În susținerea contestației, contestatoarea SC ... SRL aduce la cunoștință că oferta sa a fost respinsă în cadrul procesului verbal de deschidere/vizualizare oferte din data de 05.11.2018, întrucât, în cadrul documentelor depuse, nu a fost prezentată dovada constituirii garanției de participare.

Astfel, contestatoarea susține că a încărcat, la data de 31.10.2018, în SICAP, documentele de calificare, propunerea tehnică şi

propunerea financiară, iar în data de 01.11.2018 a fost încărcată şi împuternicirea de reprezentare din partea SC ... SRL, însă, dintr-o eroare, la Poliţa de asigurare privind garanția de participare a fost încărcat Acordul de asociere.

În acest sens, contestatoarea arată că la deschiderea ofertelor societatea sa a fost descalificată, pe motiv că nu a făcut dovada constituirii garanţiei de participare, acest document fiind comunicat imediat autorității contractante, cu mențiunea că s-a produs o eroare umană, respectiv, încărcarea Acordului de asociere la Poliţa de asigurare.

Având în vedere cele mai sus prezentate, contestatoarea solicită acceptarea ofertei societății sale.

În susținerea contestației, SC ... SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 21065/09.11.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 46619/09.11.2018, ... a comunicat punctul de vedere, prin care face trimitere la prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016 și arată că este inacceptabilă şi neconformă admiterea unei asemenea oferte care nu respectă prevederile art. 215 alin. (4) şi alin. (5) din Legea nr. 98/2016, prin acceptarea acesteia încălcându-se principiul tratamentului egal, întrucât ceilalţi oferanţi au respectat termenul limită de depunere a ofertelor, așa cum rezultă din procesul de deschidere/vizualizare nr. 20576 din data de 05.11.2018.

Astfel, se arată că membrii comisiei de evaluare au apreciat că ofertantul nu a îndeplinit obligaţia reieşită din prevederile art. 36 alin. (4) din HG nr. 395/2016 și cea din cerinţa la pct. III.1.6.a) „Garanţie de participare” din fişa de date a achiziţiei, respectiv de a prezenta dovada constituirii garanţiei de participare până la data deschiderii ofertelor și, considerând că nu au fost îndeplinite condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării ofertei, au procedat la respingerea acesteia. Mai mult, autoritatea contractantă precizează că SC ... SRL a transmis, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, respectiv în data de 05.11.2018, poliţa de asigurare ce trebuia depusă până în data de 01.11.2018, ora 15:00, odată cu documentele ofertei conform art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, ceea ce ar însemna ca autoritatea contractantă să accepte în cadrul procedurii o ofertă întârziată.

Având în vedere motivele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca nefondată şi nelegală.

Prin adresa nr. 47178/3304 C5/13.11.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, să transmită în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, cu informarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC

Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Punctul de vedere nr. 21065/09.11.2018 a fost transmis și în original, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 47293/14.11.2018, însoțit de documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 420 din 16.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 49071/26.11.2018, contestatoarea SC ... SRL a transmis, în original, Recipisa de consemnare nr. 205049554/1 din 16.11.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Timișoara, în valoare de 35.000 RON.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări «Asfaltare DJ 588B Rovinița Mare Percosova – Gherman, L=13,5 km»", cod CPV 45233 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare simplificat nr. ../15.10.2018, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare la 01.11.2018, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț" și valoarea estimată de 19.898.350 RON, fără TVA.

Potrivit Procesului-verbal nr. 20576/05.11.2018 al şedinţei de deschidere/vizualizare a ofertelor, până la termenul limită au depus oferte un număr de 10 operatori economici. În urma deschiderii ofertelor depuse, oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost respinsă, deoarece nu a prezentat dovada constituirii garanției de participare, toate aceste aspecte fiind consemnate în procesul verbal de mai sus.

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că, la data de 26.11.2018, autoarea contestației a prezentat dovada respectării prevederilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, în original, recipisa de consemnare nr. 205049554/1 din 16.11.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Timișoara, în valoare de 35.000 RON.

Cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [„(1) *Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus*"], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [„(5) *Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin*

hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare"].

Potrivit comunicării din SICAP, din data de 05.11.2018, oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost respinsă, în ședința de deschidere/vizualizare a ofertelor, potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (4) și art. 64 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 deoarece: *„în cadrul documentelor depuse nu a fost prezentată dovada constituirii garanției de participare".*

Ulterior luării la cunoştinţă de actul de comunicare mai sus amintit, pentru motivele evocate anterior, S.C. ... S.R.L. a depus la Consiliu contestaţia în analiză.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de nelegalitatea respingerii ofertei depuse de aceasta în referire la garanția de participare.

Trecând la analiza celor reclamate, se are în vedere că în cadrul fișei de date a achiziției (III.1.6.a Garanția de participare), autoritatea contractantă a consemnat următoarele prevederi în referire la garanția de participare, respectiv:

„Dovada privind constituirea garanției de participare se va încărca în SEAP, cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor".

Analizând modalitatea de constituire a garanţiei de participare, stabilită de către autoritatea contractantă în cadrul fişei de date a achiziţiei şi a invitaţiei de participare, rezultă fără putinţă de tăgadă faptul că garanția de participare trebuia postată, obligatoriu, în SICAP.

În vederea îndeplinirii cerinţei privind modalitatea de constituire a garanţiei de participare, la data de 01.11.2018 (data depunerii ofertelor) S.C. ... S.R.L. a încărcat în SICAP un alt document, respectiv acordul de asociere, fapt recunoscut de acesta.

Din examinarea documentelor aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul reține că în cadrul Procesului-verbal nr. 20576 din 05.11.2018 al ședinței de deschidere/vizualizare a ofertelor depuse, membrii comisiei de evaluare au menționat că ofertantul contestator nu a prezentat dovada constituirii garanției de participare, oferta fiind respinsă pe motivul lipsei garanției.

Consiliul consideră corectă respingerea ofertei contestatorului din următoarele considerente:

Conform art. 36 alin. (4) din HG nr. 395/2016:

„(4) <u>Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta şi celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data şi ora-limită de depunere a ofertelor</u>, şi trebuie să prevadă că plata garanţiei de participare se va executa necondiţionat, respectiv la prima cerere a

beneficiarului, pe baza declaraţiei acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.”

Din documentele aflate la dosar reiese că garanția de participare a fost prezentată la data de 05.11.2018, în condițiile în care data limită de depunere a ofertelor a fost 01.11.2018, deci cu nerespectarea prevederilor legale de mai sus.

Dacă autoritatea contractantă ar fi acceptat documentele de garantare depuse de contestatoare la data de 05.11.2018, deci în afara termenului legal stabilit, ar fi creat un avantaj important contestatorului, față de ceilalți participanți, și ar fi încălcat prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

„(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Totodată, prin acceptarea acestora, autoritatea contractantă ar fi încălcat principiul tratamentului egal, întrucât ceilalţi 9 ofertanţi au respectat termenul limită de depunere a ofertelor, prezentând garanțiile de participare.

Conform art. 125 din HG nr. 395/2016 „*riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă*”, neîncărcarea, în SICAP, în termenul legal, a garanției de participare fiind culpa exclusivă a contestatoarei, culpă ce nu poate fi invocată potrivit adagiului latin „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă).

Ținând seama de definiția ofertei de la art. 3 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, respectiv:

„hh) ofertă - actul juridic prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum şi alte documente stabilite prin documentaţia de atribuire”,

Consiliu reține că, din conținutul fișei de date, rezultă că, printre „*alte documente”* se regăsește și garanția de participare. Având în vedere acest fapt, Consiliul apreciază ca fiind corectă decizia autorității contractante de respingere a ofertei contestatorului, cu respectarea prevederilor art. 215 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, care arată că „*oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia*” și „*oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerinţele prezentate în documentele achiziţiei*”.

Maniera în care a procedat autoritatea contractantă apare ca legală și în raport de dispoziţiile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, deoarece acestea se referă la un document prezentat (existent), nu la un document lipsă, ca în cazul de față.

Din cele de mai sus rezultă că S.C. ... S.R.L. nu a făcut dovada constituirii garanţiei de participare, postând în SICAP un alt document,

astfel că măsura respingerii ofertei pentru lipsa prezentării acesteia, apare ca fiind corectă.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliu va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL.

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:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 6 pagini.