

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 1984/C7/2242

Data: 25.08.2023

Prin contestația nr. 555/09.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43649/09.08.2023, formulată de către (...)S.R.L., cu sediul în ..., împotriva raportului procedurii nr. 23508/25.07.2023 și a actelor precedente, comunicarea nr. 13203/28.04.2023, respectiv nr. 23736/26.07.2023, emise de către (...), cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „*Acord cadru furnizare materiale sanitare*”, se solicită, pentru lotul 105, admiterea contestației, anularea raportului procedurii nr. 23508/25.07.2023 și a comunicărilor nr. 13203/28.04.2023, respectiv nr. 23736/26.07.2023 prin care oferta sa a fost respinsă, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii/evaluării pentru lotul 105, prin reevaluarea ofertei sale și reluarea competiției, aplicând criteriul prețului cel mai scăzut.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care (...)S.R.L. critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, deoarece nu a încărcat în SEAP dovada constituirii garanției de participare până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Contestatorul face precizarea că a depus oferta în termen, în vederea participării în cadrul lotului 105, dar, la data de 02.05.2023, prin comunicarea nr. 13203/28.04.2023 emisă de autoritatea contractantă, i s-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost respinsă în temeiul art. 137 alin. (2), lit. b) din H.G. nr. 395/2016, întrucât nu s-a supus obligației de încărcare în SICAP a dovezii de constituire a garanției de

participare până la termenul limită de depunere a ofertelor, respectiv 07.04.2023.

La aceeași dată, contestatorul a revenit către autoritatea contractantă cu mențiunea că garanția de participare fusese constituită la 06.04.2023, cu plata procesată, însă, din cauza unei erori tehnice, dovada plății nu a fost încărcată în sistemul electronic SICAP.

Prin comunicarea nr. 23736/26.07.2023 și transmisă în data de 27.07.2023, contestatorului i-a fost adus din nou în vedere acest aspect, pentru ca din raportul procedurii nr. 23508/25.07.2023, publicat la 01.08.2023, să rezulte că oferta sa a fost respinsă pentru același motiv mai sus menționat.

Astfel, contestatorul apreciază că, dat fiind că garanția de participare a fost constituită în termen, nu poate fi reținut motivul de respingere invocat de autoritatea contractantă, având în vedere următoarele motive:

- în primul rând, garanția de participare aferentă lotului 105 a fost plătită conform solicitării din documentația de atribuire, anterior datei limită de depunere a ofertei, astfel că în ipoteza în care oferta ar fi fost acceptată ulterior comunicării dovezii de constituire garanție (ca urmare a comunicării nr. 13203/28.04.2023), acesta nu ar fi beneficiat de un tratament preferențial în raport cu ofertele celorlalte societăți, fiind respectate principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică în conformitate cu art. 2 alin. (2) lit. a) și b);

- art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 trasează în sarcina autorității contractante obligativitatea ca, 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, să acorde ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă. Astfel, cu toate că s-ar putea considera că aceste condiții de formă nu puteau fi verificate în lipsa unui document, se apreciază că ulterior constatării acestei neconformități, putea fi solicitată depunerea dovezii cu verificarea evidentă a datei efectuării și procesării plății.

- garanția de participare este un instrument care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

În acest sens, contestatorul menționează că a achitat, prin ordinul de plată nr. 556/06.04.2023, garanția de participare, în quantum de 67,5 lei, în contul autorității contractante, pentru procedura în cauză. Prin urmare, apreciază că scopul acestui instrument a fost atins, prin simplul fapt al efectuării plății în termen, autoritatea prin neacceptarea garanției de participare pusă la dispoziție ulterior, încălcând principiul tratamentului egal, aceasta nefiind prejudiciată prin omiterea comunicării

dovezii de constituire a garanției, încasarea sumei fiind vizibilă în contul de garanții pus la dispoziție de aceasta.

Astfel, 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, a plătit garanția de participare, contestatorul apreciază că nu poate fi pusă în discuție respingerea ofertei sale pe motivul invocat de autoritatea contractantă.

Mai mult, dat fiind criteriul de atribuire al contractelor de achiziție publică, în conformitate cu documentația de atribuire și anume prețul cel mai scăzut, oferta sa ar fi fost cea mai avantajoasă, la cel mai bun raport calitate-preț.

Prin adresele nr. 43952/2242/C7/10.08.2023 și nr. 43953/2242/C7/10.08.2023, Consiliul a solicitat (...)S.R.L. și (...) să transmită punctul de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată din oficiu de către C.N.S.C., raportat la adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13203/28.04.2023 și la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. 26237/11.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 44325/16.08.2023, autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la tardivitatea contestației, precizând următoarele:

- la data de 02.05.2023, s-a trimis ofertantului (...)S.R.L., pe e-mailul specificat în DUAE ((...)), comunicarea nr. 13203/28.04.2023, prin care i s-a adus la cunoștință faptul că oferta acestuia pentru lotul 105 a fost respinsă, deoarece nu a încărcat în SICAP dovada constituirii garanției de participare până la termenul limită de depunere a ofertelor.

- ofertantul a primit comunicarea, dovadă fiind e-mailul acestuia de răspuns din data de 02.05.2023, ora 15:55.

- ulterior, după întocmirea raportului procedurii, s-a comunicat tuturor ofertanților rezultatul evaluării, împreună cu anexa cu ofertanții câștigători. Astfel, în data de 27.07.2023, ofertantului (...)S.R.L. i s-a adus la cunoștință pe e-mail, același lucru ca în comunicarea inițială și anexa cu ofertanții câștigători.

Ținând seama de faptul că rezultatul procedurii i-a fost comunicat contestatorului în data de 02.05.2023, prin adresa nr. 13203/28.04.2023, termenul limită până la care ar fi putut depune contestație era data de 12.05.2023, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, citat.

Având în vedere faptul că a fost formulată contestația nr. 555/09.08.2023 în afara termenului prevăzut la art. 8. alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate tardivitatea acesteia, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 558/16.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 44515/17.08.2023, contestatorul depune clarificare cu privire excepția tardivității contestației sale și face următoarele precizări:

- nu a negat niciodată faptul că i-a fost adusă la cunoștință comunicarea nr. 13203/28.04.2023 prealabilă emiterii raportului procedurii, societatea fiind de bună-credință și răspunzând prompt autorității contractante cu privire la motivul de respingere invocat, acest motiv neavând fundament, dat fiind că societatea constituise de fapt garanția de participare;

- de la data comunicării răspunsului aferent primei comunicări, societății nu i-a mai fost adus la cunoștință aspectul referitor la faptul că răspunsul transmis nu va fi luat în considerare și că oferta va rămâne respinsă pe motivul necomunicării dovezii de constituire a garanției;

- chiar și în ipoteza în care s-ar considera că prezenta contestație este tardiv introdusă, prin raportare la comunicarea nr. 13203/28.04.2023, dat fiind că obiectul principal al contestației este reprezentat de raportul procedurii nr. 23508/25.07.2023, raport publicat în SICAP la data de 01.08.2023, s-ar considera că termenul de 10 zile a fost respectat și, pe cale de consecință, contestația a fost introdusă cu respectarea termenului legal prevăzut de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, (...) a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „*Acord cadru furnizare materiale sanitare*”, cod CPV 331440000-3 Consumabile medicale (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1052723/04.03.2023.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 583.802 și 7.415.775, respectiv 3.150 lei și 31.500 lei fără TVA, pentru lotul 105.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că (...)S.R.L. a transmis recipisa de consemnare nr. 209392045/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Victoria la data de 09.08.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 270,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 2242/2023.

Astfel, Consiliul constată că (...)S.R.L. a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația depusă, (...)S.R.L. formulează critici cu privire la respingerea ofertei sale, deoarece nu a încărcat în SEAP dovada constituirii garanției de participare până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căreia *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției tardivității, invocată din oficiu de către C.N.S.C.

Cercetând excepția tardivității contestației, invocată din oficiu de către Consiliu, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată, se constată temeinicia acesteia, având în vedere argumentele ce vor fi detaliate în cele ce urmează:

În aprecierea acestei finalități au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căreia *„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 reține că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante 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, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mare sau egală 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.”*

Analizând documentele dosarului, Consiliul constată că, deși (...)S.R.L. se raportează, în prezenta cauză, la adresa nr. 23736/26.07.2023 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire și la raportul procedurii nr. 23508/25.07.2023, ca acte atacate, criticile aduse de acesta vizează respingerea ofertei sale deoarece nu a încărcat în SEAP dovada constituirii garanției de participare până la termenul limită de depunere a ofertelor, despre care contestatorul a avut cunoștință încă din data de **02.05.2023**, cu ocazia transmiterii de către autoritatea contractantă a adresei nr. 13203/28.04.2023.

În atare condiții, contestatorul a luat la cunoștință asupra respingerii ofertei sale încă de la data de **02.05.2023**, dar nu a înțeles să formuleze critici cu privire la aceasta decât prin contestația nr. 555/09.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a

Contestațiilor cu nr. 43649/09.08.2023 și care a format obiectul dosarului nr. 2242/2023.

Or, în lipsa unui demers legal formulat în termen, raportat la momentul în care a avut cunoștință despre conținutul motivării respingerii ofertei depusă de către (...)S.R.L., Consiliul constată tardivitatea formulării de către acest ofertant, prin intermediul prezentei contestații, a criticilor vizavi de încărcarea în SEAP a dovezii constituirii garanției de participare susținerile Consiliului, legate de tardivitatea demersului contestatorului, fiind întemeiate.

În atare condiții, contestatorul a luat la cunoștință asupra respingerii ofertei sale încă de la data de 02.05.2023, dar a formulat critici cu privire la aceasta abia prin intermediul contestației nr. 555/09.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43649/09.08.2023.

Prin urmare, sunt juste susținerile achizitoarei, exprimate în cadrul punctului de vedere nr. 26237/11.08.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 44325/16.08.2023, conform căroră, după comunicarea primului rezultat al procedurii (nr. 13203/28.04.2023 transmis prin e-mail la data de 02.05.2023), dacă ar fi fost vătămat/nemulțumit de aspectele sesizate prin contestația de față, (...)S.R.L. ar fi trebuit să critice aspectele ce au vizat propria sa ofertă, în termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Or, neatacând în termenul legal statuat de normele legale citate anterior, este evident că înaintarea contestației de față este un demers tardiv, raportat la criticile din conținutul acesteia. Este în afara oricărui dubiu faptul că operatorului economic i-au fost cunoscute toate detaliile legate de evaluarea ofertei sale la data de 02.05.2023. Faptul că operatorul economic a decis, prin exprimarea propriei sale voințe, să rămână în pasivitate și să nu exercite în termenul impus de legiuitor dreptul său de contestare, nu poate constitui decât un fapt imputabil acestuia.

Așadar, Consiliul constată că, în măsura în care (...)S.R.L. s-a considerat vătămată de respingerea ofertei sale, se impunea ca acesta să formuleze contestație având ca obiect depunerea în SEAP a dovezii constituirii garanției de participare, de care avea cunoștință încă din data de 02.05.2023, dată la care a primit, prin e-mail, adresa nr. 13203/28.04.2023, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Suplimentar, Consiliul nu poate lua în considerare susținerile din contestație, având în vedere faptul că prin cele două documente (nr. 13203/28.04.2023 și nr. 23736/26.07.2023), autoritatea contractantă a reluat *ad literam* informațiile cu privire la respingerea ofertei (...)S.R.L.

Având în vedere faptul că rezultatul evaluării informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, respectiv comunicarea a fost emisă de

către autoritatea contractantă prin adresa nr. 13203/28.04.2023, iar (...)S.R.L. avea cunoștință din data de 02.05.2023, ora 15:55, de conținutul acesteia, de faptul că oferta sa a fost respinsă, în considerarea prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul avut la dispoziție de către (...)S.R.L. pentru formularea unei contestații împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, a început să curgă la data de 02.05.2023 și s-a împlinit la data de 12.05.2023, inclusiv.

Prin urmare, formularea criticilor (...)S.R.L. în referire la respingerea ofertei sale abia prin intermediul contestației nr. 555/09.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43649/09.08.2023, formulată de către acest ofertant, reprezintă un demers tardiv, în afara termenului legal prevăzut la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, ceea ce atrage sancțiunea respingerii acesteia ca tardivă.

În considerarea aspectelor de fapt și de drept anterior evocate, în temeiul 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, cu modificările și completările ulterioare, admite excepția invocată din oficiu de către Consiliu și, pe cale de consecință, respinge ca tardivă contestația formulată de (...)S.R.L., în contradictoriu cu (...).

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației formulată de către (...)S.R.L., invocată din oficiu de către C.N.S.C.

Respinge, ca tardivă, contestația formulată de către (...)S.R.L., cu sediul în București, str. Drumul Poștalionului nr. 97-101, bl. 1, tronson D, ap. 1, sectorul 4, în contradictoriu cu (...), cu sediul în Roman, str. Tineretului nr. 28, județul Neamț.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

