CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +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 achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în .....,....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată convențional prin ....., cu sediul procesual ales în municipiul ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului cadru de furnizare având ca obiect ”Acord cadru de furnizare echipament sportiv pentru componenții loturilor de ... pentru anii ..... și 2018”, cod CPV 18331000-8, 18233000-1, 18317000-4, 18412100-1, 18443340-1, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea comunicării intermediare nr. 4583/19.10..... emisă de autoritatea contractantă către ofertantul ... SRL;
- obligarea autorității contractante să respingă ca inacceptabilă oferta depusă de participantul ... SRL ca efect al nedepunerii garanției de participare în suma prevăzută de documentația de atribuire.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... SRL reclamă comunicarea intermediară nr.

4583/19.10..... emisă de autoritatea contractantă către ofertantul ... SRL.

În fapt, contestatorul arată că prin fișa de date a achiziției, cap. III.1.1, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților ca la depunerea ofertei să facă dovada constituirii unei garanții de participare de 10.000 lei fără TVA în una din formele prevăzute de lege.

Prin solicitarea de clarificări nr. 4437/06.10....., contestatorul arată că a solicitat autorității contractante să clarifice dacă garanția de participare are valoarea de 10.000 lei TVA inclus sau 10.000 lei la care se adaugă TVA. Prin răspunsul la această solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a arătat că „Garanția de participare este de 10.000 lei la care se adaugă TVA."

Prin Procesul Verbal nr. 1 al ședinței de vizualizare a ofertelor, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 4545/16.10..... (publicat în SEAP sub nr.....), s-a constatat că ofertantul ... SRL a depus împreună cu oferta Instrumentul de garantare nr....., emis de CERTASIG Societate de Asigurare și Reasigurare SA, în valoare de 10.000 lei (Anexa 2).

Deși nu îndeplinirea condițiile de admisibilitate privind cuantumul garanței de participare, prin comunicarea nr. 4583/19.10....., autoritatea contractantă a confirmat ofertantului ... SRL că oferta sa a fost admisă și trece în faza următoare de verificare a propunerii tehnice (Anexa 3).

La data de 23.10....., contestatorul arată că a comunicat autorității contractante o notificare prealabilă prin care a solicitat să se facă aplicarea prevederilor art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 867/2016 și să se depună respingerea ofertei ... SRL ca inadmisibilă (Anexa 4).

Prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 4669/25.10....., autoritatea contractantă i-a comunicat refuzul de a adopta măsurile solicitate, motivat de faptul că ofertantul în culpă ... SRL a răspuns prin adresa nr. 4581/19.10..... prin care a arătat că a depus garanția de participare conform fișei de date a achiziției (Anexa 5).

În condițiile în care ofertantul ... SRL nu a depus garanția de participare în cuantumul prevăzut în documentația de atribuire (în fișa de date clarificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 4437/06.10.....), contestatorul consideră că se impunea ca autoritatea contractantă să respingă oferta acestuia ca inacceptabilă.

Astfel, contestatorul arată că potrivit art. 132 alin. 3 din HG nr. 395/2016 *„în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de <u>formă</u> 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."*

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a formulat o astfel de solicitare de clarificări către ofertantul ... SRL, însă prin răspunsul

acestuia s-a confirmat faptul că nu a existat nicio neconcordanță cu privire la suma indicată în instrumentul de garantare și valoarea garanției indicată în documentația de atribuire, ci că valoarea cuprinsă în instrumentul de garantare este valoarea pe care ofertantul a înțeles să o constituie, cu ignorarea clarificării realizată de autoritatea contractantă prin răspunsul la solicitarea nr. 4437/06.10.....

În aceste condiții, contestatorul consideră că devin aplicabile prevederile art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016 *„în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (a) prin răspunsul transmis nu clarifică eventualele neconcordanțe prevăzute la art. 132 alin. (3) sau nu a depus dovada constituirii garanției de participare la data-limită de depunere a ofertelor”.*

Astfel, contestatorul menționează că, prin răspunsul formulat, ... SRL a arătat că în mod intenționat a depus garanția de participare într-o valoare mai mică decât cea cerută prin documentația de atribuire, fapt ce atrage neconformitatea garanției sale. Depunerea unei garanții de o valoare mai mică decât cea solicitată de autoritatea contractantă echivalează cu lipsa garanției, ce atrage aplicabilitatea art. 137 alin. (2) lit. a), teza a II-a din HG nr. 395/2016.

Acest lucru rezultă din prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care nu permite autorității contractante ca prin solicitarea de clarificări/completări să determine apariția unui avantaj în favoarea unui ofertant. Aceste texte legale impun depunerea conformă a garanției de participare până la data limită de depunere a ofertelor, urmând ca prin răspunsul la eventualele solicitări de clarificări să se clarifice aspecte strict formale privind neconcordanțe existente în înscrisul constatator al garanției de participare.

În ceea ce privește interpretarea ANAP citată de autoritatea contractantă prin răspunsul la notificarea prealabilă, contestatorul arată că în conformitate cu prevederile art. 3 lit. c) din OUG nr. 13/2005, ANAP are atribuții în consilierea operativă a autorităților contractante în derularea procedurilor de achiziții, interpretările Agenției neavând caracter obligatoriu conform legii.

Singurele entități abilitate de lege să interpreteze legislația achizițiilor publice cu putere de lucru judecat, fiind CNSC și instanța de judecată. Altfel spus, interpretarea dată de ANAP unor prevederi ale legislației în domeniu nu poate împiedica CNSC în soluționarea unei contestații întrucât conform art. 37 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 *„(3) în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, iar ședințele plenului Consiliului sunt legal constituite în prezența majorității membrilor acestuia.*
(4) În ceea ce privește deciziile sale, Consiliul este independent și nu este subordonat niciunei autorități sau instituții publice."

Pentru aceste considerente, contestatorul solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante să ia măsurile ce se impun pentru restabilirea legalității procedurii.

Prin adresa nr. 4820/01.11..... înregistrată la Consiliu sub nr. 46464/02.11....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că valoarea garanţiei de participare depusă de către ofertantul SC ... SRL este cea prevăzută în fișa de date a achiziției, respectiv 10.000 lei fără TVA.

Astfel, autoritatea contractantă învederează faptul că susținerile contestatorului sunt total nefondate, deoarece din prevederile pct. III.1.1.a. din fișa de date, reiese faptul că *„valoarea garanției de participare este de 10.000 lei fără TVA".*

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să rețină faptul că în conformitate cu prevederile art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016 – *„Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire. (2) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare. (3) Fișa de date a achiziției trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare: a) valoarea, ce nu poate depăși 2% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fără a se lua în calcul valoarea pentru diverse și neprevăzute, dacă este cazul; 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*."

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 - "*Autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției*."

Ca atare, atât valoarea garanției de participare cât și valoarea achiziției se calculează fără taxa pe valoare adăugată.

Autoritatea contractantă arată că prin adresa nr. 4559/17.10..... a solicitat ofertantului SC ... SRL clarificări cu privire la valoarea garanției de participare. Acesta a răspuns prin adresa nr. 4581/19.10....., prin care a comunicat faptul că "valoarea garanției de participare este conform fișei de date aferente procedurii nr. ....., respectiv 10.000 lei fără TVA".

De asemenea, a precizat următoarele: "*Având în vedere faptul că toate valorile financiare în cadrul sistemului de achiziții publice sunt exprimate la valoarea fără TVA, respectiv: valoarea estimată a contractelor, formularele de ofertă, criptarea ofertelor de preț, articolelor din catalogul de produse, garanția de bună execuție, etc., societatea de asigurări a emis polița pentru garanția de participare, conform fișei de date a achiziției la valoarea de 10.000 lei fără TVA*".

În susținerea celor menționate de SC ... SRL, CERTASIG - Societate de Asigurare și Reasigurare SA comunică faptul că "în data de 11.10..... asiguratul S.C. ... S.R.L a încheiat polița de asigurare de garanție de participare la licitație nr. ..., cu valoarea garanției de 10.000 lei" și faptul că "polița de asigurare a fost întocmită conform fișei de date nr. ..., la valoarea fără TVA, ținând cont că și valoarea contractului este fără T.V.A.".

Urmare răspunsului primit de la SC ... SRL pentru solicitarea de clarificări privind garanția de participare, comisia de evaluare a hotărât că garanția de participare a ofertantului SC ... SRL este conformă cu solicitarea autorității contractante, aceasta consemnându-se în procesul verbal nr. 2 înregistrat la ... cu nr. 4582/19.10.....

De asemenea, autoritatea contractantă arată că au fost respectate prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 care stabilesc că "în condițiile art. 215 alin. (4) din lege, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul si valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maxim 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă", deoarece s-au solicitat clarificări ofertantului SC ... SRL cu privire la garanția de participare, în termenul legal prevăzut de normativul mai sus menționat, respectiv în maxim 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor (data limită de depunere a ofertelor a fost joi, 12.10....., iar solicitarea de clarificări a fost transmisă prin SEAP marți, 17.10.....).

Mai mult, autoritatea contractantă arată că solicitarea de clarificări se referă la valoarea garanției de participare, aspect permis și obligatoriu de clarificat de către comisia de evaluare în etapa de verificare a garanției de participare, singura condiționare impusă de legislația în domeniul achizițiilor publice fiind cea legată de termenul limită până la care se poate clarifica această situație, așa cum este prevăzut chiar în art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 enunțat mai sus.

Comisia de evaluare a respectat întocmai prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și, mai mult decât atât, în susținerea hotărârii comisiei, autoritatea contractantă anexează și punctul de vedere al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice cu privire la garanția de participare.

Referitor la susținerea contestatorului cu privire la incidența prevederilor art. 215 alin. (4) din lege, în ceea ce privește oferta SC ... SRL, autoritatea contractantă consideră că aceasta nu poate fi apreciată ca inacceptabilă, decât în următoarele situații prevăzute de lege, și anume: a) prin răspunsul transmis nu clarifică eventualele neconcordanțe prevăzute la art. 132 alin. (3) sau nu a depus dovada constituirii garanției de participare la data limită de depunere a ofertelor.

Autoritatea contractantă menționează că nu are aplicabilitate în cazul de față întrucât ofertantul SC ... SRL a depus garanție de participare și a și

transmis răspuns la solicitarea de clarificări clarificând valoarea garanției de participare, posibilitate menționată expres în art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, conform căruia se pot clarifica neconcordanțele cu privire la cuantumul garanției de participare, drept pentru care oferta nu poate fi considerată inacceptabilă și nici neconformă.

Prin solicitarea de clarificări nu a fost favorizat ofertantul SC ... SRL întrucât comisia de evaluare nu a făcut altceva decât să transpună în acțiuni prevederi legislative imperative și expres menționate în normativul din domeniul achizițiilor publice.

De altfel autoritatea contractantă arată că aceasta este și interpretarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice cu privire la solicitarea de către autoritatea contractantă de clarificării referitoare la cuantumul garanției de participare. Astfel, într-un punct de vedere oferit pe Helpdesk la întrebarea: *"Vă rugăm să ne transmiteți opinia dvs. la următoarea situație: - un ofertant (din 5 participanți la procedura) a constituit garanția de participare în cuantum de 50% din valoarea solicitată prin documentația de atribuire. Poate fi solicitată completarea valorii garanției de participare până la valoarea solicitată prin documentația de atribuire, prin raportare la prevederile art. 132 alin. (3) din HG 395/2016?"*; răspuns: *"referitor la solicitarea dvs. vă precizăm că potrivit art. 36 alin. (2) din HG 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 maxim 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă. Astfel, având în vedere interpretarea articolului mai sus menționat apreciem că operatorul economic are dreptul să completeze garanția de participare conform cuantumului, formei și valabilității solicitat în invitația/anunțul de participare, la solicitarea de clarificări a autorității contractante în maxim 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor."*

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului cadru de furnizare având ca obiect "Acord cadru de furnizare echipament sportiv pentru componenții loturilor de ... pentru anii ..... și 2018", cod CPV 18331000-8, 18233000-1, 18317000-4, 18412100-1, 18443340-1. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut".

În procesul verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 4545/16.10..... s-a consemnat depunerea a 3 oferte.

În procesul verbal nr. 2 de vizualizare a ofertelor – evaluare DUAE, înregistrat sub nr. 4582/19.10....., s-a consemnat admisibilitatea celor 3 oferte.

Prin comunicarea intermediară nr. 4583/19.10....., autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință ofertantului SC ... SRL că, după etapa de verificare a DUAE, oferta sa a fost declarată admisibilă și va trece în etapa următoare, de elaborare a propunerii tehnice.

Împotriva adresei sus menționate, emisă de autoritatea contractantă, SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../....., prin care susține că SC ... SRL nu ar fi depus garanția de participare în suma prevăzută de documentația de atribuire.

Consiliul reține în soluționare că la cap. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției, s-a solicitat: *„Garantia de participare in valoare de: **10.000 lei, fara TVA.** Forma de constituire a garantiei: 1) instrument de garantare irevocabil emis, in conditiile legii, de o societate bancara ori o societate de asigurari; sau 2) virament bancar in cont ... deschis la BRD, CIF RO 4204062 cu conditia confirmarii acestuia de catre banca emitenta pana la data de depunere a ofertelor. Perioada de valabilitate a garantiei va fi de 90 zile (perioada de garantie va fi cel putin egala cu perioada de valabilitate a ofertei) raportata la data limita de depunere a ofertelor, cu posibilitatea prelungirii acesteia la cererea autoritatii”.*

În speță, se are în vedere că sunt aplicabile prevederile art. 35 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„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. (2) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare. (3) Fișa de date a achiziției trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare: a) valoarea, ce nu poate depăși 2% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fără a se lua în calcul valoarea pentru diverse și neprevăzute, dacă este cazul; 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*."

Prin urmare, ofertanții erau obligați să prezinte garanția de participare în valoare de 10.000 lei fără TVA, fapt menționat clar și în fișa de date a achiziției.

Din verificarea documentelor aflate la dosar, se reține că SC ... SRL a depus polița de asigurare nr..... emisă de CertAsig, în valoare de „10.000 lei”, așa cum apare înscris pe aceasta la pct. 3 – Detalii privind garanția emisă.

Având în vedere cerința din fișa de date a achiziției, unde se solicitase suma fără TVA, autoritatea i-a cerut ofertantului SC ... SRL clarificări prin adresa nr. 4581/19.10....., iar acesta a răspuns că „suma de 10.000 lei

ce apare pe polița de asigurare nr. 0166130/09.10..... este calculată la valoarea fără TVA”.

În acest sens, ofertantul menționat a depus, ca dovadă, o adresă emisă de CertAsig, respectiv societatea de asigurare care a emis polița, datată 18.10....., unde se arată că „polița de asigurare a fost întocmită la valoarea fără TVA, ținând cont ca și valoarea contractului este fără TVA”.

Ca urmare a răspunsului primit de la SC ... SRL, comisia de evaluare a hotărât că garanția de participare a ofertantului este depusă în conformitate cu cerința din documentația de atribuire, acest fapt fiind consemnat în procesul verbal nr. 2/4582/19.10.....

Consiliul apreciază că în mod corect autoritatea a stabilit că garanția de participare prezentată de SC ... SRL a fost depusă conform cerinței, adică la valoarea de 10.000 lei fără TVA, ținând cont de documentul edificator transmis de societatea de asigurare care a emis polița, unde se precizează clar că garanția de participare a fost calculată fără TVA .

Mai mult, se apreciază că prin solicitarea de clarificare nu a fost creat niciun avantaj suplimentar ofertantului sus menționat, așa cum eronat susține contestatorul, deoarece autoritatea contractantă a avut în vedere dispozițiile art. potrivit art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora: *„în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, 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."*

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că sunt neîntemeiate criticile formulate de contestatorul SC ..... SRL iar autoritatea contractantă în mod corect a declarat acceptabilă oferta depusă de SC ... SRL, fapt menționat în comunicarea intermediară 4583/19.10....., emisă după etapa de verificare a DUAE.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
.....	.....	.....

...