

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3453/, formulată de asocieria SC SRL - SC ... SRL, prin liderul asocierii SC SRL, cu sediul în, ..., jud., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, prin reprezentant convențional cab. av., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. / 29.01....., emisă de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, desfășurată prin mijloace electronice, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect: „Execuție lucrări de construcție a rețelei de canalizare cu stație de epurare și extindere sistem public de alimentare cu apă și asfaltare drum comunal sat ...”, cod CPV 45231300-8, 45233140-2, s-a solicitat:

- în principal, anularea actului menționat și a actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante ca în termen de 10 zile de la soluționarea contestației să procedeze la continuarea procedurii;
- în subsidiar, obligarea autorității contractante de a solicita clarificări atât asocierii SC SRL - SC ... SRL, cât și brokerului de asigurări cu privire la polița de asigurare.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de asocieria SC SRL - SC ... SRL, în contradictoriu cu, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze modul de constituire a garanției de participare cu respectarea celor cuprinse în motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Asocieria SC SRL - SC ... SRL, prin liderul asocierii SC SRL, a formulat contestație împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr./29.01....., emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă desfășurată prin mijloace electronice, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect: „Execuție lucrări de construcție a rețelei de canalizare cu stație de epurare și extindere sistem public de alimentare cu apă și asfaltare drum comunal sat ...”, cod CPV 45231300-8, 45233140-2.

În fapt, contestatorul precizează că, prin adresa nr./29.01....., prin care i-a fost comunicat rezultatul procedurii, autoritatea contractantă a menționat că oferta depusă este inacceptabilă, invocând în acest sens dispozițiile art. 36 din HG nr. 925/2006, precum și dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, fără alte mențiuni cu privire la motivele pentru care a fost respinsă.

Contestatorul arată că, în fișa de date a achiziției, la secțiunea III pct. 1.1 „*Depozite și garanții solicitate*”, autoritatea contractantă a menționat faptul că urmează a fi depusă o garanție de participare în cuantum de 75.000 lei, iar perioada de valabilitate a acestei garanții să fie de 120 de zile de la termenul limită stabilit pentru primirea ofertelor. De asemenea, la Nota 2 al aceluiași punct, se menționează că: „*Garanția de participare se poate depune în original (la adresa menționată la pct. 1.1) până la termenul limită stabilit pt. depunerea a ofertelor precum și în SEAP semnată cu semnătură electronică*”.

Contestatorul precizează că a depus o scrisoare de garanție bancară emisă de către Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance SA, respectiv a fost depusă în original, la sediul autorității

contractante, polița cu seria M nr. 000017595, împreună cu Condițiile Generale de Asigurare. Acest lucru a fost menționat și în cadrul raportului procedurii, unde s-a reținut că polița de asigurare seria M nr. 000017595, emisă de City Insurance SA a fost depusă în data de 6 ianuarie, ora 14:00.

În opinia contestatorului, polița depusă respectă întru-totul cerințele autorității contractante conținute de fișa de date a achiziției, respectiv suma garantată este de 37.500 lei, perioada de asigurare este de 122 de zile, începând cu data de 5.01.....

Contestatorul consideră că greșeala autorității contractante din raportul procedurii este cauzată de împrejurarea că la dosarul achiziției a mai fost depusă o poliță de asigurare privind garanția de participare, însă pentru o perioadă de valabilitate doar de 90 de zile. Or, această împrejurare s-a datorat faptului că societatea de asigurare ce a emis polița de asigurare a completat inițial în mod greșit datele cerute de autoritatea contractantă pentru această poliță, însă această eroare a fost sesizată anterior termenului limită pentru depunerea ofertelor (6 ianuarie, ora 16:00, potrivit Secțiunii IV.3.4), fiind depusă polița de asigurare încheiată în forma și termenii prevăzuți în fișa de date a achiziției. Ca urmare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să țină cont de această poliță de asigurare, având în vedere dispozițiile art. 86 alin. (6) din HG nr. 925/2006 și ținând cont și de mențiunile din fișa de date a achiziției. Față de precizările de mai sus, contestatorul apreciază că a respectat atât termenul de depunere a poliței de asigurare privind garanția de participare prevăzut de fișa de date a achiziției, cât și termenul prevăzut de art. 86 alin. (6) din HG nr. 925/2006, respectiv s-a depus polița în forma cerută, la data de 6 ianuarie Ca urmare, autoritatea contractantă a reținut în mod cu totul eronat faptul că nu s-a depus o poliță de asigurare în forma cerută prin fișa de date a achiziției, la dosarul de achiziție existând în original polița cu seria M nr. 000017595.

Contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă nu a întreprins niciun demers în vederea clarificării eventualelor nelămuriri cu privire la garanția de participare. În eventualitatea în care autoritatea contractantă ar fi sesizat că la dosarul achiziției există două polițe de asigurare, una pentru o perioadă de 90 de zile și una pentru o perioadă de 122 de zile, ar fi trebuit să solicite clarificări în mod obligatoriu, către ofertant, și, eventual, către brokerul de asigurări. Or, așa cum reiese din rezultatul procedurii, sancțiunea aplicată de autoritatea contractantă este mult prea drastică, aceasta având la dispoziție un remediu care nu conducea la respingerea ofertei și anularea întregii proceduri (un singur ofertant).

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 3693/ -/....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art., 213 și 2563 din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 316/19.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 4550/....., autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației în cauză ca nefondată.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că procedura s-a desfășurată integral prin mijloace electronice. În cadrul fișei de date a achiziției publicate în SEAP, la secțiunea III, pct 1.1 - Depozite valorice și garanții solicitate, este menționat faptul că trebuie depusă garanția de participare în cuantum de 75.000 lei cu o valabilitate de 120 zile de la termenul limită stabilit pentru primirea ofertelor, adică 06.01..... ora 16. De asemenea, tot în cadrul fișei de date a achiziției publicate în SEAP, la secțiunea III, pct 1.1 - Depozite valorice și garanții solicitate, în nota 2 se precizează faptul că garanția de participare se poate depune în original, precum și în SEAP semnată cu semnătură electronică.

Autoritatea contractantă menționează că a constatat că scrisoare de garanție bancară depusă de singurul ofertant emisă de Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance încărcată și în SEAP cu semnătură electronică a fost emisă pentru o perioadă de valabilitate de 90 zile. Astfel, ținând cont de cerințele exprese din fișa de date a achiziției referitoare la garanția de participare, și de scrisoarea de garanție încărcată în SEAP cu semnătură electronică, comisia de evaluare, prevalându-se de art. 36 din HG nr. 925/2006, a stabilit că singura ofertă depusă este inacceptabilă. Ca urmare, în temeiul art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006 s-a decis și nu s-a considerat necesar solicitarea de clarificări deoarece ar fi contravenit dispozițiilor articolului antemenționat.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, prin licitație deschisă, desfășurată prin mijloace electronice, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări de construcție a rețelei de canalizare cu stație de epurare și extindere sistem public de alimentare cu apă și asfaltare drum comunal sat ...”, cod CPV 45231300-8, 45233140-2, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr./....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „oferta cea mai avantajoasă d.p.d.v. economic”, iar valoarea estimată a contractului este 3.790.426 lei.

Autoritatea contractantă a decis, potrivit dispozițiilor art. 21 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, aplicarea procedurii de atribuire licitație deschisă prin mijloace electronice.

Potrivit Procesului-verbal nr. 21/08.01..... al ședinței de deschidere a ofertelor depuse în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, a fost depusă o singură ofertă.

Analizând criticile formulate de către asocieria SC SRL - SC ... SRL, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care a fost respinsă oferta sa.

Având a verifica temeinicia motivului pentru care asocieria SC SRL - SC ... SRL a formulat prezenta contestație, Consiliul constată următoarele:

În cadrul Fișei de date a achiziției, la cap. III.1.1.a) Garanție de participare autoritatea contractantă a indicat sintagma „Da”

a) *Cuantumul garanției de participare: 75.000 lei (...)*

b) *Perioada de valabilitate a garanției: 120 de zile de la termenul limita stabilit pentru primirea ofertelor*

c) *Forma de constituire a garanției de participare:*

1. *Instrument de garantare irevocabil emis, în condițiile legii, de o societate bancară ori de o societate de asigurări sau virament bancar, în conformitate cu art. 86 alin. (1) din HG nr. 925/2006; sau*

2. *Ordin de plata (virament bancar) în contul autorității contractante contul: RO50TREZ3075006XXX000106 deschis la Trezoreria cu condiția confirmării acestuia de către banca emitentă până cel târziu la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor.*

Nota 1:

În cazul constituirii garanției de participare printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară/societate de asigurări se va completa Formularul nr. 3 sau un alt model care să conțină cel puțin datele din acest formular;

Nota 2.

Garanția de participare se poate depune în original (la adresa menționată la pct. I.1 până la termenul limită stabilit pentru depunere a ofertelor precum și în SEAP semnată cu semnătură electronică

Nota 3

În cazul depunerii de oferte în cadrul unei asocieri de operatori economici, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici;

Nota 4:

Garanția de participare emisă în altă limbă decât română va fi prezentată în original și va fi însoțită de traducerea autorizată și legalizată în limba română.

Nota 5: IMM-urile beneficiază de 50% reducere”

Analizând modalitatea de constituire a garanției de participare, stabilită de către autoritatea contractantă în cadrul fișei de date a achiziției și a anunțului de participare, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă a ales să uzeze de prevederile art. 86

deoarece în cadrul documentația de atribuire a expres faptul că operatorii economici pot constitui garanția de participare atât prin instrument de garantare irevocabil emis, în condițiile legii, de o societate bancară ori de o societate de asigurări sau virament bancar cât și prin ordin de plata

În speța de față sunt incidente următoarele dispoziții cuprinse în Norma din 22.11.2006, anexă la HG nr. 1660/2006 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică prin mijloace electronice din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006.

„ Art. - (1) Operatorul economic are dreptul de a transmite oferta numai în format electronic și numai până la data limită de depunere a ofertelor prevăzută în anunțul de participare.

(2) Atât elementele propunerii tehnice specifice produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite, cât și elementele propunerii financiare sunt transmise în SEAP de către operatorul economic.

(3) În cazul în care, în scopul verificării conformității propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini sau în scopul verificării propunerii financiare, autoritatea contractantă solicită prezentarea anumitor documente, acestea trebuie transmise în SEAP în format electronic, semnate cu semnătură electronică.

(4) În cazul în care, din motive tehnice, nu este posibilă transmiterea anumitor documente în format electronic prin intermediul SEAP, documentele respective se transmit autorității contractante în forma și utilizându-se modalitatea de comunicare solicitată de aceasta, cu respectarea prevederilor ordonanței de urgență cu privire la regulile de comunicare și transmitere a datelor.

Art. 18. - Dovada constituirii garanției de participare, în cazul în care aceasta este solicitată, se face similar prevederilor art. alin. (3) și (4) referitoare la transmiterea documentelor în format electronic.”

Așa cum rezultă din textele legale evocate, legiuitorul a prevăzut în mod expres ca transmiterea ofertelor, precum și dovada constituirii garanției de participare se realizează prin mijloace electronice, acestea trebuind transmise în SEAP în format electronic, semnate cu semnătură electronică.

Excepția de la modul de transmitere a ofertelor, respectiv a garanției de participare, stipulat la alin. (1) al art. din actul normativ antemenționat o constituie motivele tehnice care conduc la imposibilitatea transmiterii anumitor documente în format electronic, acestora fiind aplicabile prevederile ordonanței de urgență cu privire la regulile de comunicare și transmitere a datelor.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a reglementat în cadrul fișei de date a achiziției și dreptul ofertanților de a depune garanția de participare atât în original (la adresa menționată la pct. I.1 până la termenul limită stabilit pentru depunere a ofertelor precum și în SEAP semnată cu semnătură electronică.

Examinând documentele transmise de autoritatea contractantă și aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul reține că asocierea SC SRL - SC ... SRL a depus:

- în SEAP polița seria M nr. 000017595 emisă de Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance SA – având o perioadă de asigurare de 90 de zile de la data de 05.01.....-03.04..... – înscris pe care este menționat olograf de către autoritatea contractantă următoarea sintagmă „exemplar încărcat în SEAP”;
- la sediul autorității contractante polița seria M nr. 000017595 emisă de Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance SA – având o perioadă de asigurare de 122 de zile de la data de 05.01.....-05.05..... – înscris pe care este menționat olograf de către autoritatea contractantă următoarea sintagmă „exemplar depus la autoritate”;

Poliția polița seria M nr. 000017595 emisă de Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance SA a fost depusă la autoritatea contractantă în data de 06.01..... orele 14:00, astfel cum recunoaște însăși autoritatea contractantă atât în cadrul procesului-verbal nr. 21/08.01..... cât și a raportului procedurii încheiat la data de 25.01....., deci anterior termenului limită pentru primirea ofertelor, respectiv data de 06.01..... orele 16:00.

Analizând cele două înscrisuri depuse de autoritatea contractantă, respectiv polița încărcată în SEAP și cea depusă de contestator la sediul autorității contractante, Consiliul constată că acestea conțin neconcordanțe în ceea ce privește perioada de asigurare.

Așa cum a fost mai sus reținut, cerințele autorității contractante referitoare la garanția de participare au fost menționate în mod clar și expres în cadrul documentației de atribuire.

Solicitarea de către autoritatea contractantă a originalului documentului ce constituie dovada constituirii garanției de participare este pe deplin justificată, întrucât dacă autoritatea contractantă va fi obligată să execute garanția de participare în tot/în parte, fie în scopul de a se proteja față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al ofertantului, aceasta se va afla în imposibilitate, nedeținând originalul acestui înscris.

Legiuitorul, potrivit prevederilor art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006 a stabilit în sarcina autorității contractante obligația ca în cadrul ședinței de deschidere să nu respingă nicio ofertă, cu excepția celor care se încadrează în una dintre următoarele situații, respectiv nu este însoțită de garanția de participare constituită în cuantumul, forma și perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă în cadrul acestei proceduri a ales să uzeze de dreptul său de a se proteja, prin impunerea ofertanților să își constituie garanții de participare potrivit prevederilor legale.

Prevederile legale în domeniu sunt exprese și imperative astfel legiuitorul a stabilit la art. 86 alin. (6) din HG nr. 925/2006 momentul

până la care se poate depune această garanție de participare în situația în care autoritatea contractantă alege să se protejeze față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al unui ofertant pe perioada de derulare a procedurii, respectiv *„în orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor”*. De la aceste prevederi legale și imperative, nici autoritatea contractantă și nici operatorii economici nu pot face derogări ulterioare, potrivit principiilor de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”* și *„nemo censetur ignorare legem”*.

Riscul întocmirii ofertelor inclusiv prezentarea garanției de participare într-o anumită formă sau într-un anumit moment cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii inacceptabile a ofertei, potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*.

În aceste condiții, contestatorul, constatând faptul că polița seria M nr. 000017595 emisă de Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance SA avea înscrisă din eroare o perioadă de asigurare de 90 de zile de la data de 05.01.....-03.04..... solicită prin adresa nr. 7/05.01....., brokerului emitent, respectiv DAW Management Broker de Asigurare, să corecteze erorile. Prin adresa nr. 01/05.01..... brokerul de asigurare transmite contestatorului polița seria M nr. 000017595 având modificările solicitate prin adresa nr. 7/05.01.....

Față de acestea, Consiliul constată că, în mod incorect, comisia de evaluare a procedat la respingerea ofertei depuse de contestator, acesta neîntreprinzând niciun demers pentru clarificarea erorilor constatate între copia înscrisului depusă în SEAP și originalul primit la sediul său în termenul legal.

Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă, în situația în care avea neclarități, incertitudini cu privire la perioada de asigurare a poliței seria M nr. 000017595 emisă de Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance SA, putea uza de dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertant cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens potrivit prevederilor art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

În lipsa unor justificări concludente, oferta contestatorului nu putea fi respinsă.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de stabilire a ofertelor inacceptabile și a motivelor care stau la baza încadrării ofertelor respective în această categorie, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. h) din HG nr. 925/2006, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării este fondată, urmând să fie admisă.

În aceste condiții pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația formulată de asocierea SC SRL - SC ... SRL, în contradictoriu cu, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze modul de constituire a garanției de participare cu respectarea celor cuprinse în motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale.

În baza art. 278 alin. (6) OUG nr. 34/2006, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.