CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 Consiliu cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., având CUI RO ....., număr de înregistrare în Registrul Comerţului ....., reprezentată legal de administrator …., privind procedura de licitație deschisă, organizată de .....", cu sediul în ....., …, ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de furnizare echipamente medicale pentru alimentarea cu gaze medicale, energie electrică și iluminare, precum și accesorii specifice, cod CPV 33157810-6 Instalație de oxigenoterapie (Rev. 2), contestatoarea a solicitat revocarea procesului-verbal nr. 1 de deschidere a ofertelor nr. A292/ 08.01....., aplicarea, și în cazul său, a prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în sensul transmiterii unei solicitări prin intermediul SEAP pentru clarificarea neconcordanțelor identificate în care nu este suficient ca dovada constituirii garanției de participare extrasul de cont al autorității contractante din care în mod clar reiese că suma se află la dispoziția acesteia, viramentul fiind efectuat în data de 04.01..... și reconsiderarea deciziei de respingere a ofertei sale în condițiile în care se constată că au fost îndeplinite condițiile de participare privind constituirea garanției solicitate.

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 soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul ..... SRL critică procesul-

verbal nr. 1 de deschidere nr. A292/08.01....., întocmit în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

Așa cum reiese din procesul-verbal nr. 1 de deschidere a ofertelor, comisia de evaluare a verificat garanțiile de participare fiind identificate neconcordanțe în ceea ce privește documentul încărcat în SEAP de către societatea sa, cât și în ceea ce privește garanția de participare constituită de către un alt operator economic.

Cu încălcarea principiului tratamentului egal precizat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a dispus respingerea ofertei sale, iar pentru celălalt operator economic a dispus clarificarea neconcordanțelor identificate.

Contestatoarea menționează că, prin respingerea ofertei sale fără a clarifica neconcordanțele identificate, s-au încălcat prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Cum până la data de 08.01....., autoritatea contractantă nu a aplicat prevederile legale referitor la clarificarea neconcordanțelor legate de garanția de participare, petenta consideră că atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost îndeplinite în mod defectuos.

În ceea ce privește neconcordanțele identificate de către comisia de evaluare, societatea contestatoarea susține că a informat autoritatea contractantă cu privire la faptul că datorită unei greșeli umane la atașarea documentului care confirmă consituirea garanției de participare s-a atașat în SEAP un alt document, respectiv o garanție de participare constituită în favoarea unei alte autorități contractante cu mult timp înaintea inițierii prezentei proceduri, fapt ce confirmă eroarea.

Astfel, contestatoarea consideră că, comisia de evaluare avea obligația de a solicita clarificări privind acest aspect sau, după caz, de a verifica contul de garanții al autorității contractante, acțiune în urma căreia se putea confirma constituirea garanției de participare în cuantum de 26.436,76 lei.

Prin adresa nr. A2223/17.01....., înregistrată la CNSC cu nr. 2495/18.01....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestaţia depusă de ..... SRL, precizând următoarele:

Potrivit cerințelor prevăzute în fișa de date, Secțiunea III – Informații juridice, economice și tehnice, pct. III.1.1 a) - Garanția de participare, operatorii economici au obligația de a depune garanția de participare în SEAP, scanată și semnată electronic până cel târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor. Totodată, potrivit art. 36 alin. (4) din HG nr. 395/2016 „Instrumentul de garantare... se prezintă autorității contractante, cel târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor”.

În urma verificării documentelor depuse, comisia de evaluare a constatat că ..... SRL a depus pentru procedura în cauză, o garanție

de participare constituită cu ordinul de plată nr. 20, emis în data de 20.08.2016, în favoarea ....., în valoare de 631,00 lei.

Având în vedere că, până la data și ora limită de depunere a ofertei (04.01..... ora 16.00), operatorul economic nu a făcut dovada constituirii garanției de participare în favoarea autorității contractante, oferta a fost respinsă în cadrul ședinței de deschidere, în baza art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Operatorul economic nu avea cum să constituie garanția de participare în data de 20.08.2016 pentru o procedură de atribuire al cărei anunț de participare a fost publicat în data de .....

Potrivit prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare nu a avut temei să solicite clarificări privind eventuale neconcordanțe operatorului economic S ..... SRL, întrucât acesta nu a făcut dovada constituirii garanției de participare în favoarea .....până la data și ora limită de depunere a ofertelor.

Decizia autorității contractante este susținută și de prezentarea garanției de participare depusă de ..... SRL odată cu notificarea prealabilă, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. A2 124/10.01....., în sensul în care, conform ordinului de plată emis în data de 04.01....., garanția de participare a fost constituită în data de 04.01..... în favoarea ....., pentru 18 loturi în cuantum de 26.436,76 lei, fiind prezentată autorității contractante în data de 10.01....., după data și ora limită de depunere a ofertelor (respectiv data de 04.01....., ora 16.00).

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

În vederea atribuirii contractului de furnizare echipamente medicale pentru alimentarea cu gaze medicale, energie electrică și iluminare, precum și accesorii specifice, ...", în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de licitație deschisă. Conform anunţului de participare nr. ...../....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziţii Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 04.01....., ora 1600. Valoarea estimată a contractului este de 2.643.625 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este preţul cel mai scăzut.

Cu ocazia deschiderii ofertelor a fost întocmit procesul-verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor nr. A292/08.01....., iar ca urmare a respingerii ofertei sale datorită unor neconcordanțe identificate cu privire la garanția de participare, ... SRL a depus contestaţie, solicitând revocarea procesului-verbal nr. 1 de deschidere a ofertelor nr. A292/08.01....., aplicarea, și în cazul său, a prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în sensul transmiterii unei solicitări prin intermediul SEAP pentru clarificarea neconcordanțelor identificate în care nu este suficient ca dovada constituirii garanției de participare extrasul de cont al autorității contractante din care în mod clar reiese că suma se află la dispoziția acesteia, viramentul fiind efectuat în data de 04.01..... și

reconsiderarea deciziei de respingere a ofertei sale în condițiile în care se constată că au fost îndeplinite condițiile de participare privind constituirea garanției solicitate.

La analiza criticilor contestatoarei, Consiliul constată că demersul său este motivat de faptul că, prin procesul-verbal nr. 1 de deschidere a ofertelor nr. A292/08.01....., oferta sa a fost respinsă deoarece până la data limită de depunere a ofertelor nu a făcut dovada constituirii garanției de participare.

Potrivit fișei de date a achiziției, cap. III.1.1.a) *Garantie de participare*, participanții la procedura de atribuire trebuiau să respecte următoarele: *Valoarea g.de p.: 1% din valoarea estimata fara TVA a acordului cadru/lot, conform noilor prevederi cuprinse in art.II alin.2 din H.G. nr.866/2016 publicata in Monitorul Oficial Partea I, cu nr. 972 din data 05.12.2016. Viramentul bancar în favoarea SUUMC, se poate realiza în urmatorul cont de virament RO77TREZ7015005XXX000171 deschis la Trezoreria sectorului 1. Valabilitate va fi cel putin egala cu perioada minima de valabilitate a ofertei – 120 de zile. Perioada de valabilitate se va calcula incepand cu data limita de depunere a ofertelor (a se vedea data din SEAP). In cazul in care garantia de participare se constituie printr-un instrument de garantare emis in conditiile legii de o societate bancara sau de o societate de asigurari, documentul doveditor va fi postat OBLIGATORIU IN SEAP scanat si semnat cu semnataura electronica , pana cel tarziu la data si ora limita de depunere a ofertei. Pentru constituirea garantiei in alte valute se va utiliza echivalenta leu/alta valuta raportat la cursul de schimb BNR din ziua publicarii anuntului. In conformitate cu prevederile art. 36 aliniatul (3) din HG 395/2016, garantia de participare este irevocabila. Garantia de participare poate fi depusa si in numerar la casieria autoritatii contractante conf. art. 36 alin 6 din HG 395/2016. Instrumentul de garantare trebuie sa prevada ca plata garantiei de participare se va executa neconditionat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declaratiei acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.*

Autoritatea contractanta are obligatia de a retine garantia pentru participare, in conditiile art. 37 din HG 395 / 2016. GARANTIA DE PARTICIPARE SE INCARCA OBLIGATORIU IN SEAP (OP, SCRISOARE DE GARANTIE BANCARA, POLITA DE ASIGURARI, CHITANTA), SCANATA SI SEMNATA CU SEMNATURA ELECTRONICA.

În acest sens, se constată că autoarea contestației a optat pentru constituirea garanției de participare prin virament bancar. Analizând documentele puse la dispoziție de achizitoare se constată că autoarea contestației a depus, copie după OP nr. 20/10.08.2017, în valoare de 631 lei, având ca beneficiar Spitalul Clinic de Urgență Sf. Ioan.

Consiliul consideră relevante în soluționarea cauzei dispozițiile art. 36 alin. (1) - (4 din HG nr. 395/2016):

(1) Garanţia de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condiţiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care nu se află în situaţii speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condiţiile legii.

(2) Garanţia de participare trebuie să fie constituită în suma şi pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentaţia de atribuire.

(3) Garanţia trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare 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, şi se prezintă autorităţii

contractante în original, cel mai târziu la data şi ora-limită de depunere a ofertelor.

Față de cerințele constituirii garanției de participare, se constată că autoarea contestației a încărcat un ordin de plată aferent unei alte proceduri, emis cu mult înainte de date demarării procedurii de atribure de față, organizată de o altă autoritate contractantă, iar valoarea cuprinsă în cadrul ordinului este inferioară celei solicitate de achizitoare (631 lei față de 26.436,76 lei).

Devine astfel evident că, prin raportare la dispozițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 (*... eventualele neconcordanţe cu privire la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, inclusiv cele privind cuantumul şi valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanţii în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă*), se impunea ca autoritatea contractantă să clarifice motivele pentru care a fost încărcat respectivul ordin de plată, fiind evidentă eroarea contestatoarei.

Având în vedere această lipsă, autoritatea contractantă trebuia să depună toate diligențele pentru a stabili dacă a fost sau nu constituită garanția de participare, verificând în acest sens contul său. Raportat la prevederile mai sus citate, în 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertanta modul de constituire a garanției de participare.
Verificând informațiile puse la dispoziție de autoritatea contractantă referitoare la contul său RO77TREZ7015005XXX000171, conform extras de cont prezentat de achizitoare, din data de 08.01....., editat la data de 08.01....., se constată că plata efectivă a fost făcută în data de 05.01.....
Ori, data limită de depunere a ofertelor a fost data de 04.01....., ora 16:00.

Consiliul are în vedere faptul că societatea contestatoare avea obligația de a prezenta autorității contractante dovada constituiri garanție de participare, până la data și ora limită de depunere a ofertelor.

Din cele constatate rezultă faptul că, la data limită de deschidere a ofertelor, contestatoarea deși a constituit garanția de participare conform ordinului de plată atașat contestației, contrar susținerilor acesteia la data limită de depunere a ofertelor la dispoziția autorității contractante nu se afla nici suma de 26.436,76 lei și nici instrumentul de garantare emis în condițiile legii.

Prin urmare, orice solicitare de clarificări asupra acestui aspect era de prisos, orice remediere a condițiilor de formă a instrumentului folosit pentru constituirea garanției de participare neputând suplini lipsa constituirii acesteia la data limită de depunere a ofertelor, în sesnul în care suma aferentă nu se regăsea în contul achizitoarei la acea dată. Prin urmare, nu poate fi pusă în discuție o eventuală încălcare a principiilor care stau la baza achizițiilor publice stipulate la

art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, îndeosebi a tratamentului egal, pentru nesolicitarea de clarificări asupra acestui aspect.

De altfel, emiterea ordinului de plată la data de 04.01..... nu putea avea ca efect intrarea banilor în contul de Trezorerie al achizitoarei în aceeași zi, aspect de care contestatoarea ar fi trebuit să țină seama.

Astfel, nu numai că autoarea contestației nu a prezentat dovada constituirii garanției de participare până la data și ora limită de depunere a ofertelor, dar nici suma constituită în acest sens nu s-a aflat în contul achizitoarei la data limită de depunere a ofertelor.

În cazul în care constituirea garanției de participae prin ordin de plată, simpla virare a sumei aferente, fără ca aceasta să ajungă în contul autorității contractante anteriror datei limită de depunere a ofertelor nu poate echivala cu constituirea în mod corect a garanției conform cerințelor legale și a prevederilor fișei de date.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin decizia civilă nr. 5902/19.12.2013: Esențial pentru o procedură de achiziție publică este nu ca banii să fie depuși la bancă de către participanții la procedură, întrucât aceasta nu este o garanție că banii au și ajuns în contul autorității contractante, putând interveni între cele două momente anumite împrejurări care să împiedice ca sumele achitate să fie efectiv recepționate de autoritatea contractantă în această situație.

Simpla împrejurare că agenții economici au depus banii necesari cu titlu de garanție de participare nu poate să însemne îndeplinirea condiției legale în discuție, fiind evident necesarăă confirmarea recepționării efective, e primirii lor în contul autorității contractante... îi aparține pe deplin responsabilitatea cu privire la modalitatea întocmirii ofertei, îndeplinirii demersurilor ce se impun ca acea ofertă să fie conformă și acceptabilă, inclusiv în a depune garanția de participare în cuantumul și în condițiile prevăzute de fișa de date a achiziției.

În consecinţă, Consiliul constată că este întemeiată decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei fără a mai solicita clarificări suplimentare, motiv pentru care se va respinge contestația formulată de ..... 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu .....".

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**……**

Redactată în 4 exemplare, conţine 7 pagini.