

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 037/24.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr.26590/25.05.2022, formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de – administrator, împotriva adresei nr. 4.D/177945/ 17.05.2022 de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă accelerată, organizată în vederea încheierii contractului având ca obiect *Servicii de proiectare DALI la obiectivul: „.....”*, s-a solicitat anularea adresei antemenționate, ca nelegală și netemeinică, și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de achiziție publică în cauză, cu desemnarea societății sale drept câștigătoare.

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 critică rezultatul procedurii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Reclamanta aduce argumente pentru justificarea caracterului nelegal și netemeinic al adresei nr. 4.D/177945/17.05.2022, prin care autoritatea contractantă i-a comunicat respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, motivat de faptul că răspunsul la solicitarea de clarificări vizând neconcordanțele referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, nu a fost concludent.

În cadrul etapei de verificare a documentației depusă de către contestatoare, acesteia i-au fost solicitate clarificări cu privire la *presupusa* neîndeplinire a obligației de depunere a garanției de participare în forma stabilită prin fișa de date a achiziției, Secțiunea III.1.6. a), care prevede faptul că „[...] GP se poate constitui prin:

instrument de garantare emis în condițiile legii de o instituție de credit din Romania sau din alt stat sau de o societate de asigurări, conform art. 36 din HG 395/2016, cu completările și modificările ulterioare. (Formularul nr. 1)".

Cu privire la acest aspect, ... precizează că a arătat autorității contractante faptul că, prin răspunsul comunicat de, i-a fost adus la cunoștință că, în urma intrării în vigoare a Normei ASF nr. 32/2021 privind asigurările de garanții, societățile de asigurări nu mai au posibilitatea emiterii instrumentelor de garantare așa cum sunt ele prevăzute, ca modele, în documentația de atribuire, fără încălcarea dispozițiilor legale mai sus menționate.

În aceste condiții, în opinia reclamantei, societatea sa se află în imposibilitatea de a depune modelul de formular prevăzut în documentația de atribuire, motiv pentru care, a depus polița de asigurare de garanții pentru participare cu oferta la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică seria din data de 26.04.2022.

Așa cum rezultă din modalitatea de redactare a Formularului nr. 1, contestatoarea presupune că societatea de asigurare își asumă obligația de a achita, la simpla cerere a beneficiarului (autorității contractante), orice solicitare de plată, chiar și în situația nemotivării unei astfel de cereri.

Or, din punctul de vedere al reclamantei, punerea în sarcina societăților de asigurare a unor astfel de obligații reprezintă o transformare a respectivei garanții necondiționate într-un instrument de garantare similar scrisorilor de garanție bancară, *ceea ce nu intră în apanajul societăților de asigurare, atât timp cât numai instituțiile bancare își pot asuma astfel de obligații*, invocându-se, în susținere, prevederile Normei nr. 32/2021 emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiară.

..... reiterează ideea că nicio societate de asigurare nu poate încheia o astfel de garanție fără a încălca dispozițiile legale antemenționate, atât timp cât emiterea unor astfel de garanții necondiționate nu intră în sfera lor de activitate, acestea fiind specifice domeniului de activitate al instituțiilor bancare.

Contestatoarea concluzionează că limitarea sferei potențialilor emitenți de garanții de participare (în această ipoteză de obligare la plată chiar și nemotivată), echivalează, de facto, cu o impunere a anumitor tipuri de garanții, respectiv, numai a celor emise de instituțiile de credit, ceea ce contravine exigențelor legale, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 36 alin. (5) lit. b) din HG nr. 395/2016, respectiv *„autoritatea contractantă nu are dreptul: de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări”*.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 4.D/178022/25.05.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. 26947/26.05.2022, ... - prin, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulată de , pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

După ce, în prealabil, prezintă un istoric al procedurii în cauză, împotriva criticii aduse de contestatoare, autoritatea contractantă se apără arătând că, prin comisia de evaluare, a respectat întocmai legislația în domeniul achizițiilor publice, în speță principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv: nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii.

Astfel, notează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 4.D/177918/12.05.2022, contestatoarea nu transmite Formularul nr. 1 - *Garanția de participare (Instrument de garantare)* la procedura în cauză, completat în conformitate cu modelul pus la dispoziție prin secțiunea *Formulare* a documentației de atribuire, așa cum i-a fost solicitat de către comisia de evaluare.

Invocând dispozițiile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, achizitoarea adaugă că a acordat *clemență* ofertantei, revenind și solicitându-i acesteia, prin clarificarea nr. 4.D/177941/17.05.2022, să transmită Formularul nr. 1 - *Garanție de participare (Instrument de garantare)*, completat conform celor antemenționate, dar nu a dat curs solicitării și, drept urmare, comisia de evaluare a considerat răspunsul neconcludent, apreciind că acceptarea în procedură a ofertei întocmită într-o manieră *superficială* înseamnă încălcarea principiului egalității de tratament.

.....subliniază faptul că, în baza prevederilor art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, reclamanta trebuia să elaboreze garanția de participare în conformitate cu Formularul nr. 1, dar și că în speță are incidență adagiul „*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” - *Nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă*.

În opinia achizitoarei, în condițiile în care documentul care stabilea condițiile de formă a garanției de participare, precum și quantumul sau valabilitatea acesteia nu a fost atacat de niciun operator economic interesat, în cadrul termenului stipulat de art. 8 din Legea nr. 101/2016, acesta a dobândit caracter obligatoriu, astfel încât existența lui nu poate fi ignorată nici de ofertante, nici de către autoritatea contractantă, orice critică fiind tardivă în actualul stadiu al procedurii de atribuire.

În susținerea celor de mai sus, autoritatea contractantă invocă jurisprudența instanțelor naționale în materie.

Referitor la critica vizând răspunsul societății de asigurări, prin care aceasta aduce la cunoștință că,

În urma intrării în vigoare a Normei ASF nr. 32/2021 privind asigurările de garanții, societățile de asigurări nu mai au posibilitatea emiterii instrumentelor de garantare așa cum sunt ele prevăzute, ca modele, în documentația de atribuire, fără încălcarea dispozițiilor legale, achizitoarea opinează că sunt simple afirmații fără temei, nefiind precizat care sunt prevederile legale ce sunt încălcate. Mai mult, apreciază că simpla opinie a susnumitei societăți nu constituie izvor de drept în vederea realizării garanțiilor de participare în forma solicitată de către autoritățile contractante.

Potrivit, contestatoarea realizează acuzații generale, nesustținute, deși art. 249 din Codul de procedură civilă stipulează că „*Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege.*”

În plus, subliniază că prevederile normei ASF nr. 32/2021 au intrat în vigoare la 90 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, respectiv de la 20 decembrie 2021 (fiind publicată în Monitorul Oficial nr. 1203 din 20 decembrie 2021).

În aceste condiții, autoritatea contractantă atrage atenția că, în data de 28.03.2022 (dată la care norma antemenționată era în vigoare), aceeași societate de asigurări antecitată a eliberat o poliță de asigurare pentru reclamantă la o procedură similară derulată de către achizitoare, poliță ce a fost însoțită de Formularul nr. 1 - *Garanția de participare (Instrument de garantare) la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică*, completat în conformitate cu modelul pus la dispoziție prin secțiunea *Formulare* a documentației de atribuire, identic cu cel solicitat la procedura în cauză.

În continuare, ...menționează și faptul că, în cazul în care cerințele documentației de atribuire nu erau clare, sau dacă reclamanta considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii /erodate/ambiguu formulate, aceasta din urmă putea să solicite clarificări, în temeiul dispozițiilor art. 160 din Legea nr. 98/2016, sau putea să le conteste cu respectarea termenelor legale în baza prevederilor Legii nr. 101/2016.

Achizitoarea apreciază drept eronată mențiunea contestatoarei că „*așa cum rezulta din modalitatea de redactare a Formularului nr. 1, se presupune ca, societatea de asigurare își asuma obligația de a achita, la simpla solicitare a beneficiarului (autorității contractante) orice solicitare de plata, chiar si in situația nemotivării unei astfel de cereri*”, în condițiile în care, în cadrul formularului, se specifică „*autoritatea contractantă declară că suma cerută de ea si datorată ei este cauzată de culpa ofertantului, fiind incidente una sau mai multe dintre situațiile prezentate mai jos*”, fiind lesne de înțeles că achizitoarea va realiza o declarație în care va menționa situația prezentată și care confirmă culpa operatorului economic, în cazul în care aceasta există.

Prin solicitarea adresată CNSC, de obligare a autorității contractante la continuarea procedurii de achiziție publică cu desemnarea drept câștigătoare a licitației, autoritatea contractantă consideră că se încalcă prevederile art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016: *„Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației”*.

În susținerea faptului că reclamanta a înțeles să nu se conformeze rigorii depunerii răspunsului de clarificare cu semnătură electronică extinsă, raportat la dispozițiile art. 62 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 123 alin. (1) – (2) și art. 137 alin. (1) – (2) din același act normativ, ...prezintă următoarele aspecte:

- Prin adresa nr.4.D/177941/17.05.2022, achizitoarea a solicitat să transmită Formularul nr. 1 - *Garanție de participare (Instrument de garantare) la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică*, completat în conformitate cu modelul pus la dispoziție prin secțiunea *Formulare* a documentației de atribuire, aceasta nu a dat curs solicitării, transmițând, prin intermediul SEAP, mențiunea: *„Buna ziua, Am răspuns exact la aceasta clarificare in data de 16.05.2022.”* (conform print-screen atașat de achizitoare);

- Orice document postat în SEAP de către ofertante, inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificare, trebuie semnat cu semnătură electronică extinsă.

În susținerea celor de mai sus, autoritatea contractantă invocă jurisprudența instanțelor naționale și CJUE în materie.

..... a constituit cauțiunea în sumă de 7.587,18 Ron, la dosarul cauzei fiind depusă recipisa de consemnare nr. din 30.05.2022, eliberată de CEC BANK – Unitatea BUCUR OBOR, înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr. 1196/31.05.2022.

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

..... prin, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect *servicii de proiectare DALI la obiectivul:.....*, cod CPV 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev. 2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. CN1041831/20.04.2022. Valoarea estimată a achiziției este de 379.358,74 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este *cel mai bun raport calitate - preț*.

La procedură a fost depusă o singură ofertă, respectiv , aceasta fiind respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, devenind incidente prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, procedura fiind anulată, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 4.D/177944/17.05.2022.

Împotriva rezultatului comunicat, a investit Consiliul cu prezenta contestație, consemnând și cauțiunea aferentă, solicitând anularea deciziei autorității contractante și obligarea acesteia la continuarea procedurii.

În analiza sa, Consiliul are în vedere că diferendul creat privește respectarea formularului de garanție de participare, date fiind cerințele documentației de atribuire, precum și răspunsul furnizat de ofertant, asupra acestui aspect, obiect al solicitărilor de clarificări.

Ceea ce i se reproșează, în esență, , astfel cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 4.D/177945/17.05.2022, este faptul că, deși i s-a acordat clemență, revenindu-se și solicitându-i-se prin clarificarea nr. 4.D / 177941 / 17.05.2022 transmiterea *Formularului nr. 1 - Garanție de participare (Instrument de garantare) la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică*, completat în conformitate cu modelul pus la dispoziție prin Secțiunea Formulare a documentației de atribuire, acesta nu a dat curs solicitării, drept urmare comisia de evaluare a considerat răspunsul neconcludent, incidente devenind prevederile art. 134 alin. (5) și 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016. Totodată, prin raportare la cerințele prevăzute în documentele achiziției, autoritatea contractantă a reținut și neconformitatea ofertei contestatoare, apreciind asupra aplicabilității dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Din parcurgerea argumentelor părților litigante și a documentelor suport, organul jurisdicțional stabilește că autoritatea investitoare a impus ofertanților modalitatea de depunere a garanției de participare, în fișa de date a achiziției, Secțiunea III.1.6.a) *Garanția de participare*, fiind stipulate următoarele:

GP în cuantum de: 3.700,00 lei

Note:

- GP va avea valabilitate minimum 6 luni de la termenul limita de depunere a ofertei;
- GP se poate constitui prin:
 - instrument de garantare emis în condițiile legii de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, conform art. 36 din HG 395/2016, cu completările și modificările ulterioare. (Formularul nr. 1);
 - virament bancar la BCR Unirea(RON); viramentul bancar trebuie să se realizeze în timp util, luând în calcul, dacă este cazul, și durata transferurilor interbancare. AC va verifica existența sumelor în contul ulterior datei și orei limita pentru depunerea ofertelor, cu respectarea termenului prevăzut la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.
- Instrumentul de garantare trebuie să prevadă ca va fi onorată irevocabil și necondiționat orice solicitare de plată, la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.
- În cazul unui instrument de garantare emis de către o societate de asigurări, se va prezenta și contractul de asigurare/polita de asigurare însoțit/a de dovada plății integrale a primei de asigurare.

- La procedura online, dovada constituirii GP (indiferent de modalitatea de constituire) se va posta obligatoriu in SEAP (scanata si semnata cu semnatura electronica extinsa), împreună cu oferta si celelalte documente ale acesteia, de catre toti operatorii economici, cel mai târziu la data si ora limita de depunere a ofertelor;

- In cazul in care documentele privind GP sunt emise in alta limba decat limba romana, acestea se vor posta obligatoriu in SEAP (scanate si semnate cu semnatura electronica extinsa) însoțite de traducerea autorizata in limba romana.

- Pentru determinarea echivalentei de curs leu-valuta se are in vedere cursul comunicat de BNR cu 7 zile înainte de data limita de depunere a ofertelor.

Cerința de mai sus a făcut obiectul clarificării din oficiu, înregistrată sub nr. 4A/89575/30.03.2022, publicată în SEAP, autoritatea invocând ca motiv al clarificării noile dispoziții ale HG nr. 375/2022. Astfel, au fost aduse la cunoștința operatorilor economici următoarele:

GP se poate constitui conform art. 36 din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, astfel:

1. Printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii astfel:

a) scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat;

b) asigurare de garanții emisă:

- fie de o societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară.

Pentru oricare dintre formele menționate mai sus se va prezenta Formularul nr. 1 – Garanție de participare (Instrument de garantare) la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică;

2. virament bancar la BCR Unirea (RON) realizat în timp util, luând în calcul și durata transferurilor interbancare, astfel încât sumele să se regăsească în contul la data și ora limită pentru depunerea ofertelor.

Formularul nr. 1, parte a documentației de atribuire, la care autoritatea contractantă face trimitere are următorul conținut:

Formularul nr. 1

INSTITUTIA DE CREDIT / SOCIETATEA DE ASIGURARI

.....
(denumirea)

GARANTIE DE PARTICIPARE (Instrument de garantare)
la procedura de atribuire a contractului de achizitie publica

Catre:

Adresa :

Denumire procedura de atribuire:..... (se va completa cu denumirea procedurii de atribuire in cauza)

Avand în vedere procedura sus-mentionata pentru atribuirea contractului, noi (denumirea emitentului), având sediul înregistrat la (adresa emitentului), ne obligăm față de

Să onorăm irevocabil si neconditionat orice solicitare de plată din partea autorității contractante a sumei de RON (în litere si în cifre), la prima sa cerere scrisă si fără ca aceasta să aibă obligatia de a-si motiva cererea respectivă, în situatia în care autoritatea contractantă declară că suma cerută de ea si datorată ei este cauzată de culpa ofertantului, fiind incidente una sau mai multe dintre situatiile prezentate mai jos, in conformitate cu prevederile art. 37 din HG nr. 395/2016, cu completarile si modificarile ulterioare (cazul garantiei care se execută neconditionat conform art. 36 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, cu completarile si modificarile ulterioare):

a) ofertantul (denumirea/numele), isi retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b) oferta sa fiind stabilită câștigatoare, ofertantul (denumirea/numele) nu constituie garantia de buna executie;

c) oferta sa fiind stabilită câștigatoare, ofertantul (denumirea/numele) refuza să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei.

Prezenta garantie este valabilă până la data de

Data completării

Parafată de Institutia de credit/Societate de Asigurări în ziua luna anul

(semnătura și stampila organismului care eliberează aceasta garanție de participare)

NOTA:

1. Nu vor fi acceptate scrisorile de garantie bancara care fac trimitere la reguli particulare bancare sau de alta natura, care nu sunt atasate acesteia si/sau care afecteaza oricare dintre conditiile de valabilitate ale instrumentului de garantare, conform Documentatiei de atribuire.

2. In cazul în care Ofertantul este reprezentat de o Asociere de operatori economici, este obligatorie completarea in continutul garantiei de participare la situatiile prezentate mai sus „ofertantul – denumire/numele” a numelui Asocierii cu nominalizarea tuturor membrilor Asocierii in conformitate cu Acordul de Asociere.

3. Situatia de la litera b) nu este aplicabila si nu este necesara completarea acesteia in cazul atribuirii unui Acord-cadru.

Consiliul stabilește că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în

documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/ 2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Observând că *polița de asigurare de garanții pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică*, serie din data de, emisă de, prezentată de, nu este completată în conformitate cu formularul pus la dispoziție, autoritatea contractantă a solicitat retransmiterea respectivului formular (a se vedea adresa nr. 4.D/177918/12.05.2022). Prin răspunsul furnizat, la data de 16.05.2022, a transmis un răspuns din partea asigurătorului, intitulat *clarificare privind instrumentul de garantare pentru participarea la procedura de achiziție publică anexa la oferta de garanții seria*(adresa nr. 36/13.05.2022), având următorul conținut:

Vă informăm că politica societății noastre în ceea ce privește emiterea garanțiilor de participare la procedurile de achiziție publică a fost până acum una flexibilă, în sensul că au putut fi eliberate Instrumente de garantare pentru participare la procedurile de achiziție publică conform modelelor impuse de autoritățile contractante prin intermediul documentațiilor de atribuire procedurilor de achiziție publică, bineînțeles cu rezerva că acestea erau și în conformitate cu legislația specifică asigurărilor.

Însă, la acest moment, în contextul intrării în vigoarea Normei 32/2021 emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiară, norma care, pe lângă faptul că solicită societăților de asigurări o evidențiere cât se poate de clară a caracterului irevocabil și necondiționat al garanțiilor aferente procedurilor de achiziție publică, impune și prevederi suplimentare în legătură cu conținutul Instrumentelor de Garantare, prevederi care nu fac altceva decât să vină în sprijinul autorităților contractante beneficiare ale garanțiilor emise de societățile de asigurări. Astfel, vă aducem la cunoștință că nu mai este posibilă emiterea Instrumentelor de Garantare așa cum sunt ele prevăzute, ca modele, în documentațiile de atribuire fără a fi încălcate prevederile legislației specifice asigurărilor în vigoare la data prezentei.

În concluzie, vă informăm că instrumentul de garantare pentru participarea la procedurile de achiziție publică, anexa la polițele de asigurare emise de îndeplinește în această formă atât prevederile legislației specifice asigurărilor, în principal ale Normei 32/2021 cât și prevederile legislației achizițiilor publice, dispozițiile HG 395/2016, art. 35-38, sau, după caz, dispozițiile HG 394/2016, art. 41-44.

Analizând răspunsul, autoritatea contractantă a apreciat că sunt necesare solicitări suplimentare, motiv pentru care a revenit cu o nouă solicitare către (adresa nr. 4.D/177941/17.05.2022) în sensul transmiterii, printre altele, a Formularului nr. 1, completat în conformitate cu modelul pus la dispoziție prin secțiunea Formulare a Documentației de atribuire.

..... a reacționat la data de 17.05.2022, în sensul comunicării faptului că a răspuns la respectiva clarificare în data de 16.05.2022.

Verificând cele transmise, autoritatea contractantă a concluzionat prin intermediul procesului-verbal nr. 4.D/177942/17.05.2022 că ofertantul și-a însușit conținutul documentației de atribuire iar prin

răspunsul la solicitarea de clarificări nu a transmis Formularul nr. 1, completat în conformitate cu modelul pus la dispoziție prin secțiunea Formulare a Documentației de atribuire.

Văzând acestea, Consiliul achiesează la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă în privința ofertei, ofertantul neputând ignora disciplina căreia trebuie să i se supună, regulile exprese ale documentației de atribuire statuând foarte clar asupra formularului de completat în privința garanției de participare.

Niciunde în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă nu a stabilit că prezentarea acelui Formular nr. 1 nu ar fi obligatorie ori că ar fi cu titlu orientativ.

Așa cum s-a menționat în cele ce preced, operatorii economici au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (astfel cum a fost clarificată de autoritate în SEAP).

Autoritatea contractantă a dat eficiență dispozițiilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 [În condițiile art. 215 [alin. \(4\)](#) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, 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 cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă], iar autoarea contestației era debitoarea obligației de a răspunde potrivit solicitării, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

În pofida clarității celor două solicitări (adresele nr. 4.D / 177918 / 12.05.2022 și nr. 4.D / 177941 / 17.05.2022) de retransmitere a Formularului nr. 1 – *Garanție de participare (instrument de garantare)* completat în conformitate cu modelul pus la dispoziție prin secțiunea Formulare a Documentației de atribuire, ofertantul a ales să nu se conformeze, înțelegând să anexeze o *clarificare* din partea asigurătorului prin care acesta din urmă aduce la cunoștință faptul că în urma intrării în vigoare a Normei ASF nr. 32/2021 privind asigurările de garanții, societățile de asigurări nu mai au posibilitatea emiterii instrumentelor de garantare așa cum sunt ele prevăzute, ca modele, în documentațiile de atribuire, fără a fi încălcate prevederile legislației specifice asigurărilor în vigoare.

Nu rezultă din respectiva *clarificare* care sunt prevederile legale încălcate de formularul pus la dispoziție de către autoritatea contractantă și sub care aspect, în contextul intrării în vigoare a *Normei nr. 32/2021*, este imposibilă completarea respectivului formular, indicat, ca model, în documentația de atribuire. Or această imposibilitate se impunea fi demonstrată de către prin intermediul societății sale de asigurări.

Astfel cum rezultă din cele prescrise la art. 1, *norma* ASF amintită, în vigoare de la 20 martie 2022, reglementează cadrul general privind categoriile de asigurări de garanții care au drept obiect garantarea

îndeplinirii de către asigurat a unor obligații ale acestuia față de un beneficiar, izvorâte dintr-un raport obligațional de bază sub forma unui contract încheiat între aceștia ori reglementat prin lege, și repararea, în limita sumei asigurate, a prejudiciilor suferite de beneficiar ca urmare a neîndeplinirii de către asigurat a respectivelor obligații, precum și cerințe minime privind subscrierea riscurilor aferente asigurărilor de garanții.

Nu s-a precizat care este dispoziția *normei* care face imposibilă completarea formularului dictat de către autoritatea contractantă, ca fiind necesar a fi prezentat.

Justificarea ofertantului, bazată pe norma ASF, exprimată în răspunsul la solicitarea de clarificări, nu poate fi considerat un răspuns concludent iar neconcludența răspunsului este sancționată de legiuitor la art. 134 alin. (5) din norme cu respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Totodată, susținerea contestatoarei potrivit căreia din modalitatea de redactare a Formularului nr. 1 se presupune că societatea de asigurare își asumă obligația de a achita, la simpla solicitare a beneficiarului orice solicitare de plată, chiar și în situația nemotivării unei astfel de cereri și că punerea în sarcina societăților de asigurare a unor astfel de obligații reprezintă o transformare a respectivei garanții necondiționate într-un instrument de garantare similar scrisorilor de garanție bancare, nu poate fi primită la acest moment, fiind vădit tardivă. Pe de altă parte, în formularul de garanție de participare se menționează expres: Să onorăm irevocabil și necondiționat orice solicitare de plată din partea autorității contractante a sumei de RON (în litere și în cifre), la prima sa cerere scrisă și **fără ca aceasta să aibă obligația de a-și motiva cererea respectivă, în situația în care autoritatea contractantă declară că suma cerută de ea și datorată ei este cauzată de culpa ofertantului, fiind incidente una sau mai multe dintre situațiile prezentate mai jos:**

- a) ofertantul (denumirea/numele), își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia;
- b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul (denumirea/numele) nu constituie garanția de buna executie;
- c) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul (denumirea/numele) refuza să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei.

Mai mult, autoarea contestației a avut la dispoziție toate posibilitățile de constituire a garanției de participare, modalități descrise în documentația de atribuire, astfel cum a fost clarificată:

GP se poate constitui conform art. 36 din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, astfel:

- 1. Printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii astfel:
 - a) **scrisoare de garanție** emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat;
 - b) **asigurare de garanții** emisă:
(...)
- 2. **virament bancar** la BCR Unirea (RON) realizat în timp util, luând în calcul și durata transferurilor interbancare, astfel încât sumele să se regăsească în contul la data și ora limită pentru depunerea ofertelor.

Orice operator economic interesat să participe la o procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante care avea obligația de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației de atribuire.

Și jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție, statuează că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe

criteriile pe care ea însăși lea stabilit (a se vedea, în special, Hotărârea

din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40,

Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C42/13,

EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, și Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo,

C27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Separat de cele anterior prezentate, Consiliul stabilește că, și în situația în care s-ar admite, *ad absurdum*, interpretarea contestatoarei, singura soluție de restabilire a legalității procedurii ar fi fost tot anularea acesteia, dat fiind că deficiențele semnalate – impunerea conținutului unui formular imposibil de respectat – nu mai pot fi remediate la acest moment fără încălcarea principiilor care stau la baza desfășurării oricărei proceduri de achiziție publică, în special cel al transparenței și al tratamentului egal.

Relativ la lipsa semnăturii electronice extinse în cazul răspunsului la solicitarea de clarificări transmis de, invocat de autoritatea contractantă în punctul său de vedere înaintat Consiliului, acesta nu va fi reținut, cât timp nu s-a constituit într-un motiv de respingere a ofertei comunicat autoarei contestației.

Cu luarea în considerare a celor de mai sus, se vădește că au corespondență în fapt temeiurile de drept invocate de autoritate, în

respingerea ofertei , neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii nr. 4.D/177944/17.05.2022 prin care a fost decisă anularea procedurii, motiv pentru care contestația este respinsă, ca nefondată, sub aspectele verificate.

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

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu prin, în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.