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, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../..... (completată prin adresa nr. 343/14.03....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 8845/14.03.....), înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., formulată împotriva rezultatului evaluării garanției de participare lot 2 și 3, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 161/03.03....., emis de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii, licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect ”Substanțe, materiale consumabile și alte produse similare”, defalcat pe cinci loturi, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

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

Prin contestația nr. ...../..... (completată prin adresa nr. 343/14.03....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 8845/14.03.....), înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă rezultatul evaluării garanției de participare lot 2 și 3, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 161/03.03....., emis de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire arătată, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

În fapt, contestatoarea arată că, în data de 28.02....., a constituit garanţia de participare, în valoare de 641 lei, pentru loturile 2 și 3, cu Ordin de plată, emis la banca ING Bank.

Solicitându-i-se să lămurească pentru care din cele două loturi (2 sau 3) a constituit garanția de participare, având în vedere că suma depusă nu este suficientă pentru ambele loturi, contestatoarea a precizat, drept răspuns, că, dintr-o eroare, a emis Ordinul de plată în valoare de 641 lei, pentru loturile 2 și 3, completând, în temeiul dispozițiilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, un alt Ordin de plată în valoare de 125 lei, rezultând un total de 766 lei.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a invocat greșit, în declararea ofertei sale ca inacceptabilă, temeiul de drept (art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016), acesta fiind modificat prin HG nr. 866/2016.

De altfel, nici dispozițiile art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016, nu precizează nimic despre constituirea garanţiei de participare ”în suma solicitată și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentaţia de atribuire (...), cel mai târziu la data limită de depunere a ofertelor”, așa cum greșit invocă autoritatea contractantă în comunicarea privind rezultatul evaluării garanției de participare nr. 161/03.03.....

Totodată, arătând că a solicitat Agenției Naționale pentru Achiziții Publice punctul de vedere referitor la această situație, contestatoarea prezintă opinia acestei instituții:

”Astfel, (...) în situația în care ofertantul a răspuns în termenul prevăzut de articolul sus-mentionat și a făcut dovada majorării valorii garanţiei de participare în așa fel încât a fost îndeplinit cuantumul garanţiei de participare impus prin documentaţia de atribuire a contractului/acordului-cadru, apreciem că operatorul economic a respectat prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016. Prin urmare, din precizările anterioare reiese faptul că, neconcordanțele cu privire la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare pot privi și cuantumul în care a fost constituită garanţia”.

Prin adresa nr. 3699/17.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 9676/21.03....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca prematur introdusă, nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire a loturilor 2 și 3 și păstrarea, ca temeinice şi legale, a tuturor actelor emise.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca prematur formulată și introdusă, în condiţiile nerespectării de către autoarea ei a prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) coroborate cu cele ale art. 8 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Raportat la faptul că SC ..... SRL a înaintat autorităţii contractante contestaţia la data de ....., ora 10:09 (așa cum rezultă din raportul fax), în condiţiile în care răspunsul la notificarea prealabilă a fost comunicat la data de ....., ora 12:09, înainte de trecerea termenului legal de răspuns, rezultă fără echivoc faptul că dispoziţiile legale imperative la care a făcut referire autoritatea contractantă cu

privire la termenul de depunere a contestaţiilor au fost încălcate şi, pe cale de consecinţă, aceasta solicită admiterea excepţiei invocate.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că, în vederea participării la procedură, în conformitate cu prevederile art. 35 și următoarele din HG nr. 395/2016, a solicitat ofertanţilor să constituie garanţie de participare, în suma prevăzută în cadrul documentaţiei de atribuire pentru fiecare din loturile ce compun obiectul achiziţiei publice, şi pentru perioada de valabilitate a acesteia.

Raportat la valoarea loturilor pentru care SC ..... SRL a depus ofertă, respectiv loturile 2 și 3, în valoare de 641 lei, autoritatea contractantă menționează că aceasta nu acoperă cuantumul solicitat (pentru lotul 2 - 483 lei şi pentru lotul 3 - 283 lei).

Drept urmare, în condiţiile art. 132 alin. (2) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă arată că a considerat necesară solicitarea de clarificări nr. 147/01.03....., în sensul ca ofertantul să precizeze pentru care dintre loturile ofertate a constituit garanţie de participare.

Prin răspunsul la clarificări, la care ataşează intrumentul de plată emis la data de 03.03..... (emis ulterior datei limită de deschidere a ofertelor), contestatoarea precizează că a greşit suma reprezentând garanţia de participare şi, drept urmare, o completează cu suma de 125 lei.

În acest context, comisia de evaluare a luat o decizie corectă de considerare a ofertei depuse drept inacceptabilă, prin răspunsul transmis de contestatoare neclarificându-se neconcordanţa cu privire la cuantumul garanţiei de participare ce a fost constituită.

De altfel, autoritatea contractantă apreciază că prevederile art. 132 alin. (3) coroborate cu cele ale art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016 nu-i permit să accepte întregirea cuantumului solicitat a fi constituit la data limită de depunere a ofertelor, ci exclusiv să solicite clarificări în legătură cu posibilele neconcordanţe cu privire la condiţiile de formă, inclusiv cu privire la cuantumul garanţiei de participare, solicitarea de clarificări fiind limitată exclusiv la aspecte de ordin formal privind prezentarea garanţiei. Un cuantum inferior celui solicitat prin documentaţia de atribuire nu poate fi considerat aspect formal.

În opinia autorității contractante, singura clarificare ce putea fi adusă şi acceptată de către comisia de evaluare, în condiţiile prescrise de HG nr. 395/2016, era să se precizeze în mod concret pentru care dintre loturile pentru care s-a depus oferta, ofertantul înţelege şi optează să declare constituirea garanţiei, cuantumul constituit până la data limită de depunere a ofertelor neacoperind valoarea pentru ambele loturi.

Data la care se raportează constituirea garanţiei în cuantumul solicitat este data limită de depunere a ofertelor, acceptarea din partea autorităţii contractante a unei întregiri a acesteia în cele 3 zile lucrătoare la care face trimitere art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 neputând fi calificată decât ca o abatere a autorităţii de la principiile ce stau la baza atribuirii unui contract de achiziţie publică.

Faţă de susţinerile părţilor și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect ”Substanțe, materiale consumabile și alte produse similare”, defalcat pe cinci loturi, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura licitație deschisă online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire, pentru loturile 2 și 3, i-a fost comunicată SC ..... SRL prin adresa nr. 161 din 03.03....., în care se arată că oferta acestei societăți a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece prin răspunsul la clarificări nu se clarifică pentru care dintre loturi a fost constituită garanția de participare. Autoritatea contractantă mai arată că, cuantumul garanției de participare nu poate fi întregit ca urmare a unei solicitări de clarificări, garanția urmând a fi constituită în suma solicitată și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire, conform art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016, cel mai târziu la data limită de depunere a ofertelor.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând .....

Având a se pronunța, cu întâietate, asupra excepțiilor invocate în cauză (conform art. 26 alin. 1 din Legea nr. 101/2016), Consiliul va examina excepția, invocată de autoritatea contractantă, privind prematuritatea contestației, raportat la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Astfel, autoritatea contractantă arată că SC ..... SRL a depus contestația în data de ....., aceasta fiind ultima zi în care autoritatea contractantă avea dreptul să răspundă la notificarea prealabilă primită din partea acestei societăți, conform art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul reține că, dispozițiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, stabilesc modul de calcul al termenului de contestare, astfel:

„a) începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă a răspunsului autorităţii contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;

b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns;

c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere.”

Se observă, așadar, faptul că, în toate situațiile, legiuitorul a asigurat dreptul autorității contractante de a răspunde notificării prealabile în termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii acesteia și că termenul de contestare se calculează în funcție de conduita aleasă de autoritatea contractantă cu privire la notificarea primită.

Însă, în condițiile în care, în speța analizată, autoritatea contractantă a înțeles să își mențină actele criticate prin notificarea

prealabilă primită de la SC ..... SRL și să nu adopte măsurile de remediere așteptate de aceasta din urmă, Consiliul constată că, prin înaintarea contestației în ultima zi a termenului de 3 zile, pe care autoritatea contractantă îl avea la dispoziție pentru a comunica poziția sa față de cele reclamate, nu i s-a creat niciun prejudiciu și nu a fost împiedicată în exercitarea unui drept al său cu efecte ulterioare. În această situație, Consiliul respinge excepția invocată de autoritatea contractantă și va analiza cauza pe fondul său.

Analizând situația supusă soluționării, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.1.1.a) "Garanție de participare", autoritatea contractantă a stabilit că, pentru lotul 2, valoarea acesteia este de 483 lei, iar pentru lotul 3, de 283 lei.

În dovedirea constituirii garanției de participare pentru loturile 2 și 3, corespunzător cărora a ales să depună ofertă, SC ..... SRL a prezentat ordinul de plată emis de ING Bank, pentru suma de 641 lei, reprezentând garanție de participare loturile 2 și 3.

Prin adresa nr. 147 din 01.03....., autoritatea contractantă cere SC ..... SRL să clarifice pentru care dintre loturi este constituita garanția de participare, deoarece cuantumul acesteia nu acoperă garanțiile însumate ale loturilor 2 și 3.

SC ..... SRL a răspuns prin adresa nr. 284 din 03.03....., arătând că, raportat la prevederile citate ale art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, trimite alăturat ordinul de plată prin care se suplimentează garanția de participare constituită inițial (în valoare de 641 lei) cu suma de 125 lei, astfel încât, împreună, cele două sume reprezintă garanția de participare cumulată pentru loturile 2 și 3.

În consecință, autoritatea contractantă a decis respingerea ca inacceptabilă a ofertei SC ..... SRL, depusă pentru loturile 2 și 3, pentru considerentele expuse mai sus.

Este adevărat că, potrivit art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016, „Garanţia de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentaţia de atribuire." Însă, în egală măsură, legiuitorul a stabilit, prin prevederile art. 132 alin. (3) din hotărârea de Guvern, faptul că „În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, 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."

Rezultă, din textul acestui articol ultim, faptul că legiuitorul permite comisiei de evaluare să ceară, iar ofertantului să opereze clarificarea eventualelor neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, inclusiv cele privind cuantumul. Este evident că există o neconcordanță cu privire la cuantumul garanției de participare în situația în care acesta nu este cel indicat de autoritate prin documentația de atribuire. Și mai este evident faptul că o clarificare în acest sens nu a fost prevăzută a fi realizată, de către comisia de

evaluare, în sens formal, ci are ca finalitate modificarea valorii garanției de participare constituite, astfel încât să corespundă cuantumului indicat de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

Că lucrurile stau astfel rezidă și din textul art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, care stabilește că oferta este considerată inacceptabilă în situația în care „prin răspunsul transmis nu clarifică eventualele neconcordanţe prevăzute la art. 132 alin. (3) sau nu a depus dovada constituirii garanţiei de participare la data-limită de depunere a ofertelor.”

În această situație, Consiliul va respinge susținerea autorității contractante potrivit căreia cuantumul garanției de participare nu poate fi întregit ca urmare a unei solicitări de clarificări, o astfel de afirmație fiind în contradicție cu textul art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Date fiind reglementările legale amintite, Consiliul stabilește ca legală conduita ofertantei de a-și suplimenta, pe calea răspunsului la solicitarea autorității contractante, valoarea garanției de participare, astfel încât aceasta să acopere cuantumul corespunzător celor două loturi pentru care a depus ofertă.

Corelativ, Consiliul califică drept nelegală decizia autorității contractante de a nu primi răspunsul ofertantei SC ..... SRL cu privire la garanția sa de participare pentru loturile 2 și 3 și de a respinge oferta acesteia pentru considerentele amintite.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ..... SRL și să anuleze decizia autorității contractante de a respinge oferta SC ..... SRL, depusă pentru loturile 2 și 3.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din lege, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SRL, pentru loturile 2 și 3, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ..... SRL.

Anulează decizia autorității contractante de a respinge oferta SC ..... SRL, depusă pentru loturile 2 și 3.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SRL, pentru loturile 2 și 3, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

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

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

.....