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. 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 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, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ...
Data: ....

Prin contestația nr. 886 din 08.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ... din 09.06.2017, formulată de către ... prin reprezentant legal președinte ... și convenţional prin ... ales și ca sediu de comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva adresei nr. 5467 din 15.05.2017, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, de către ... în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„...”*, cod 45233140-2 lucrări de drumuri (Rev.2), se solicită anularea adresei nr. 5467 din 15.05.2017 privind comunicarea deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei petentei și obligarea autoritatii contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei contestatoarei de la etapa verificării admisibilității acesteia.

Prin cererea de intervenție *„în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu”* nr. 677/19.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată de ..., înregistrată la ORC sub nr. ... și având CIF ... reprezentanta prin administrator ..., se solicită respingerea contestatiei formulate de Contestatoarea ..., mentinerea actelor emise de autoritatea contractanta și continuarea procesului de evaluare a ofertelor.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ...in 09.06.2017, ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă solicită anularea

adresei nr. 5467 din 15.05.2017 privind comunicarea deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale și obligarea autoritatii contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei contestatoarei de la etapa verificării admisibilității acesteia.

În argumentarea celor solicitate, contestatoarea menționează că procedura organizată de către ... a fost inițiată la data de 29.10.2016, prin publicarea, în SEAP, a anunţului de participare nr. 171045, iar potrivit documentaţiei de atribuire, ofertanții aveau obligaţia de a face dovada constituirii garanţiei de participare, într-un cuantum de 1.288.295,40 lei si cu o perioada de valabilitate cel puţin egală cu perioada de valabilitate a ofertei, respectiv 120 de zile.

Totodată, prin pct. VI.3) „ALTE INFORMATII" din fisa de date a achiziţiei, a fost impusă obligaţia ofertanților de a prezenta *„dovada constituirii garanţiei de participare/instrumentul de garantare, ÎN ORIGINAL, in plic sigilat, (...) până la data si ora limită de depunere a ofertelor (...) la sediul autoritatii din ..., Bucureşti - Registratura Generală*".

Petenta menționează că, pe timpul derulării procedurii, a expirat valabilitatea ofertelor si a garanţiilor de participare începând cu data de 02.05.2017, fapt pentru care, prin adresa nr. 4553 din 24.04.2017, autoritatea contractanta i-a solicitat prelungirea valabilității respectivelor operțiuni cu 120 de zile, clarificare la care a răspuns, în termen, prin adresa nr. 3316 din 03.05.2017.

Contrar conformării la cele solicitate, contestatoarea menționează că, prin adresa nr. 5467 din 15.05.2017, atacată prin contestație, autoritatea contractanta a informat-o că, in temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, oferta sa a fost declarata inacceptabila, intrucat, pana la termenul limita stabilit, respectiv 03.05.2017, nu a transmis răspuns la solicitarea de clarificari, în sensul de a prezenta acordul cu privire la prelungirea valabilitatii ofertei si a garanţiei de participare, decizie care a constituit obiectul notificării prealabile prin care s-a solicitat dispunerea masurilor de remediere constand în reevaluarea ofertei, demers la care, prin răspunsul nr. 6121/29.05.2017, autoritatea contractantă a informat-o ca nu va dispune masurile de remediere solicitate.

Decizia autorității contractante este considerată de contestatoare nelegală, care susține că numai in situatia in care ofertantul refuza sa-si prelungească valabilitatea ofertei si a garanţiei de participare oferta sa putea fi respinsă, ca inacceptabilă și nicidecum pentru faptul că nu s-a incarcat in SEAP răspunsul la solicitarea de clarificari, răspuns care însă a fost depus la sediul autoritatii contractante cu respectarea prevederilor fisei de date a achiziţiei, respectiv, în original, și în termenul stabilit de comisia de evaluare.

În drept: prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 si ale HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție *„în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu*" nr. 677/19.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 24483/20.06.2017, formulată de ... SRL, cu sediul in satul ...prin administrator ..., se solicită respingerea contestatiei formulate de

Contestatoarea ..., mentinerea actelor emise de autoritatea contractanta și continuarea procesului de evaluare a ofertelor.

Intervenienta menționează că, urmare a publicării în SEAP, de către autoritatea contractantă, a înștiințării despre depunere unei contestații de către ..., în conformitate cu prevederile art. 17 alin. (3) din Legea 101/2016, apreciind că art. 36 din H.G. nr. 395/2016 a modificat obligativitatea ca intrumentul de garantare sa fie prezentat autoritatii contractante, in original, sens în care autoritatea contractanta a solicitat ca documentele privind prelungirea ofertei si garanţiei sa fie transmise in SEAP, pana la data de 03.05.2017, astfel că petenta ar fi trebuit sa transmită documentele *„si in modalitatea solicitata de Autoritatea contractanta, respectiv transmiterea acestora in sistemul electronic SEAP*".

Astfel, dacă autoritatea contractanta nu ar fi declarant oferta contestatoarei ca fiind inacceptabila, ar fi incalcat principiile legale care stau la baza achiziţiilor publice, respectiv principiul tratamentului egal intre ofertanţi, favorizand un ofertant care nu a îndeplinit cerinţele existente in solicitarea de clarificari.

Întrucât, în aprecierea intervenientei, prin formularea contestației, se tergiversează procesul de evaluare si atribuirea a contractului in discuţie, iar potrivit cerinţelor din fisa de date ofertantul declarant castigator trebuie sa dovedeasca la momentul semnării contractului ca are disponibile resurse reale negrevate de datorii (cum ar fi o linie de credit sau alte mijloace financiare confirmate de banci) de cel puţin 7.157.197 lei fara TVA, petenta solicită soluţionarea cu celeritate a contestatiei, încheind cu solicitarea: *„In acest sens, pentru soluţionarea cu celeritate a prezentei proceduri si analizarea stadiului procedurii in discuţie, va rugam sa ne permiteri accesul la dosarul achiziţiei publice*".

Sub nr. 6787/14.06.2017, înregistrat la C.N.S.C. .../15.06.2017, ... a înaintat punct de vedere cu privire la contestația depusa de CONSORZIO CIRO MENOTTI, prin care a solicitat Consiliului să soluţioneze cu celeritate contestaţia, să constate caracterul nefondat al contestaţiei formulate și să dispună respingerea acesteia, precum și continuarea procedurii de atribuire.

Invocând modalitatea de desfăşurare a procedurii de atribuire „online", autoritatea contractantă menționează că, până la data limită de depunere a ofertelor, în SEAP, au fost depuse un număr total de 19 oferte, iar datorită prelungirii duratei de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare a constatat necesitatea solicitării prelungirii valabilităţii ofertelor şi a garanţiilor de participare cu o durată de 120 zile, sens în care, la data de 24.04.2017, a transmis solicitări tuturor ofertanţilor aflaţi înca în evaluare la acel moment.

Prin adresa transmisă contestatoarei, arată autoritatea contractantă, s-a menţionat, fără echivoc, faptul că *„răspunsul si documentele aferente acestuia să fie transmise în SEAP până la data de 03.05.2017, cerinţă comună pentru toţi operatorii economici care au primit o astfel de solicitare*", la care însă, spre deoasebire de ceilalți ofertanți, asocierea ...a ales să nu depună, în SEAP, răspunsul său, depunându-l doar la registratura autorităţii, motiv pentru care respectiva ofertă a fost

respinsă, fiind declarată inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, considerându-se că astfel s-a asigurat „respectarea principiului tratamentului egal pentru operatorii economici angrenaţi în procedura de achiziţie”.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, o parte din documentele dosarului achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

...în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„**...**”,* cod 45233140-2 lucrări de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., atașat căruia a fost publicată documentația de atribuire.

Conform anunțului și documentației de atribuire, valoarea estimată totală, fără TVA, a contractului este de 64.414.770 lei.

Urmare a apariției necesității de prelungire a perioadei de valabilitate a ofertelor și a garanțiilor de participare, la solicitarea autorității contractante de prezentarea a documentelor probante ale acceptului ofertanților privitoare la respectivele prelungiri, asocierea ... S.R.L. a depus documentele relevante, în original și în termenul acordat, la sediul autorității contractante și nu au fost încărcate, în format electronic, în SEAP, cum a fost precizat în adresa de solicitare, motiv pentru care oferta respectivei asocieri a fost înlăturată din procedura de atribuire.

Considerând decizia autorității contractante nelegală și excesivă, ..., după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă, a depus în termen legal contestația ce formează obiectul prezentei analize.

În analiza admisibilității în principiu a cererii de intervenție *„în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu*” formulată de SC ...SRL, Consiliul se va raporta la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2017 – *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, pot formula, cu înştiinţarea părţilor cauzei, cerere de intervenţie voluntară în litigiu, **potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă**, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestaţie. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestaţie*” coroborate cu cele ale art. 61 alin. (1) din C.pr.civ. – *„**Oricine are interes** poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare*”.

Reținând că, interesul declarat al intervenientei ar fi constituit de aspectul conform căruia *„prin formularea contestației, se tergiversează procesul de evaluare si atribuirea a procedurii in discuţie, iar potrivit cerinţelor din fisa de date ofertantul declarant castigator trebuie sa dovedeasca la momentul semnării contractului ca are disponibile resurse reale negrevate de datorii (cum ar fi o linie de credit sau alte mijloace financiare confirmate de banci) de cel puţin 7.157.197 lei fara TVA*”, iar

obiectul intervenției constituit de solicitările de respingere a contestatiei formulate de ..., mentinerea actelor emise de autoritatea contractanta și continuarea procesului de evaluare a ofertelor este argumentat invocându-se ca, *„pentru soluţionarea cu celeritate a prezentei proceduri si analizarea stadiului procedurii in discuţie, va rugam sa ne permiteri accesul la dosarul achiziţiei publice*", Consiliul constată că, prin demersul său, SC ... SRL nu vizează în niciun fel dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta și nici apărările autorității contractante în legătură cu vreun astfel de drept, fapt pentru care, în temeiul art. 64 alin. (2) din C.pr.civ., cererea de intervenție *„în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu*" formulată de SC ... SRL, se va respinge, ca inadmisibilă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Prin intermediul adresei nr. **4553 din 24.04.2017**, autoritatea contractantă ... a solicitat asocierea ... *„prelungirea valabilității ofertei și a garanției pentru participare cu o perioadă egală cu cea inițială, precizată în documentația de atribuire, respectiv, 120 de zile*".

În finalul adresei se regăsește precizarea: „***Menționăm că răspunsul dumneavoastră și documentele aferente vor fi transmise în SEAP până la data de 03.05.2017***".

În preambulul aceleiași adrese, sunt indicate ca temeiuri ale solicitării **art. 6 alin. (2) din HG nr. 925/2016** și prevederile fișei de date conținute de pct. IV.3.7) și III.I.1a).

Cu adresa nr. 3316 din 03.05.2017, înregistrată la sediul autorității contractante sub același număr „**4553**", dar din data de **03.05.2017**, asocierea ...S.R.L. a formulat răspuns la cele solicitate, atașând actul adițional nr. 1 la polița de asigurare 0149315/28.12.2016, prin care valabilitatea poliței a fost extinsă până la data de 02.09.2017, precum și documentul intitulat „Declarație", prin care reprezentantul împuternicit al asocierii declară pe proprie răspundere că perioada de valabilitate a ofertei se prelungește până la data de 02.09.2017 (inclusiv).

Deși autoritatea contractantă recunoaște că instrumentul de garantare și declarația de prelungire a valabilității ofertei au fost depuse, **în original**, la sediul autorității contractante, în interiorul termenului stabilit prin adresa **4553 din 24.04.2017**, în adresa nr. 5467 din 15.05.2017, de comunicare a deciziei de respingere a ofertei asocierii contestatoare, se menționează că *„(...) până la termenul limită stabilit, respectiv 03.05.2017, nu a fost transmis răspuns la această solicitare de clarificări și, în consecință, nu a fost prezentat acordul cu privire la prelungirea ofertei și a garanției de participare cu 120 de zile (...)*".

În întâmpinarea referitoare la contestației, autoritatea contractantă nuanțează motivul de respingere a ofertei petentei, precizând că, în fapt, acesta este constituit de faptul că ...a ales să nu depună, în SEAP, răspunsul său, depunându-l doar la registratura autorităţii, iar astfel oferta respectivă a fost declarată inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Astfel, din susținerile părților și actele depuse la dosar, se reține că oferta asocierii ... a fost respinsă, nu pentru neprezentarea dovezilor de

prelungire a ofertei și a garanției de participare, ci pentru faptul că răspunsul și documentele atestatoare prelungirii respective nu au fost încărcate în SEAP (sau și în SEAP), considerându-se că sancțiunea se impunea pentru nerespectarea mențiunii finale a adresei nr. **4553 din 24.04.2017** - *„**Menționăm că răspunsul dumneavoastră și documentele aferente vor fi transmise în SEAP până la data de 03.05.2017***”, decizia de respingere a ofertei fiind motivată prin necesitatea asigurării *„respectării principiului tratamentului egal pentru operatorii economici angrenaţi în procedura de achiziţie*” și nicidecum prin faptul că *„(...) până la termenul limită stabilit, respectiv 03.05.2017, nu a fost transmis răspuns la această solicitare de clarificări și, în consecință, nu a fost prezentat acordul cu privire la prelungirea ofertei și a garanției de participare cu 120 de zile (...)*”.

În analiza temeiniciei motivului real de respingere a ofertei contestatoarei, constituit, după s-a reținut, de faptul că petenta nu a depus documentele atestatoare a prelungirii ofertei și garanției de participare, prin încărcarea lor, în formă scanată, în SEAP, și le-a depus, în original, la sediul autorității contractante, Consiliul are a dezlega și a se pronunța asupra aspectului constituit de faptul că, dacă depunerea documentelor solicitate, în original, la sediul autorității contractante, constituia motiv temeinic și legal de respingere a ofertei, doar prin prisma faptului că respectivele documente nu au fost transmise prin intermediul SEAP, cum s-a precizat în mențiunea finală a adresei nr. **4553 din 24.04.2017**, sens în care se reține că, într-adevăr, faptul că petenta nu s-a conformat mențiunii din adresa de clarificări constituie o culpă a contestatoarei, dar rămâne a se stabili dacă respectiva culpă putea conduce la măsura radicală a respingerii ofertei, sens în care sunt avute în vedere următoarele aspecte:

- prin pct. VI.3) *„ALTE INFORMATII*” al fișei de date, au fost precizate următoarele instrucțiuni cu privire la modul de constituire a garanției de participare: *„Continuare GARANTIA DE PARTICIPARE - Mod de prezentare – **Dovada constituirii garantiei de participare/ instrumentul de garantare prezentata in original, in plic sigilat**, pe care se va mentiona ”Garantie de participare pentru obiectivul: Licitatie deschisa privind obiectivul REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA RETELEI DE DRUMURI JUDETENE DIN JUDETUL ILFOV – DJ 401A km. 0+000 (Vidra) – km. 28+209 (Domnesti)”, **pana la data si ora limita de depunere a ofertelor** conform art. 36 din H.G. 395/2016. Pe plic se va mai inscrie denumirea ofertantului. Garantia de participare emisa în alta limba decât cea româna va fi prezentata în original si va fi însotita de traducerea autorizata în limba româna. In cazul depunerii de oferte in asociere, garantia de participare trebuie constituita in numele asocierii si sa mentioneze ca acopera in mod solidar toti membrii grupului de operatori economici. **Adresa la cere se depune: ...**; PROGRAM REGISTRATURA, cu exceptia sarbatorilor legale: Luni – joi: 8.00-16.30, Vineri: 8.00-14.00*”;

- prin dispozițiile art. 20 alin. (3) din HG nr. 395/2016 se statuează că *„**Fişa de date trebuie să conţină cel puţin informaţii** generale standard, însoţite de formalităţile ce trebuie îndeplinite în legătură cu*

procedura de atribuire în cauză, particularizate în funcţie de contextul în care se încadrează achiziţia, aspectele/cerinţele care pot face obiectul DUAE, criteriile de calificare şi selecţie, dacă este cazul, ***informaţii privind garanţia de participare****, modul în care trebuie întocmite şi structurate propunerea tehnică şi cea financiară, criteriul de atribuire ce urmează a fi aplicat, precum şi căile de atac ce pot fi utilizate*", iar prin dispozițiile art. 36 alin. (4) din același act normativ se reglementează că „***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 <u>în original</u>, cel mai târziu la data şi ora-limită de depunere a ofertelor***".

Se reține astfel că, prin adresa nr. **4553 din 24.04.2017**, autoritatea contractantă a modificat, în mod nepermis, documentația de atribuire ulterior depunerii ofertelor, dar și că, în afara competențelor sale, a derogat de la dispozițiile legale citate în cele ce preced, situație în care **preeminența dreptului** și, deci, **respectarea legii și a regulilor instituite prin forma definitivă a documentației de atribuire**, trebuiau să prevaleze, reguli care, în cauză, au fost respectate de către asocierea contestatoare.

În situația în care autoritatea contractantă, în termenul impus prin adresa de solicitare a prelungirii valabilității ofertei și a garanției de participare, se afla în posesia instrumentului de garantare și a declarației de prelungire a valabilității ofertei, ÎN ORIGINAL, aceasta putea face, cel mult, aplicarea dispozițiilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 conform cărora: *„(3) În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege,* ***<u>eventualele neconcordanţe cu privire la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare</u>****, 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*", perioadă în care autoritatea contractantă putea impune contestatoarei să încarce, în copii scanate, documentele invocate și în SEAP, fără a se fi putut pune niciun moment în dicuție vreo eventuală avantajare a petentei, care, în prealabil, se conformase regulilor definitive ale documentației de atribuire și dispozițiilor legale incidente, documentele originale existând în posesia autorității contractante conform regulilor instituite prin documentația de atribuire.

Reținând că, în niciun moment, situația ofertei asocierii ...nu s-a aflat în ipoteza reglementată de art. 137 alin. (2) lit. i) din HG nr. 395/2016 – *„(2) În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii: i)* ***ofertantul refuză să prelungească perioada de valabilitate a ofertei şi a garanţiei de participare***", iar autoritatea contractantă a respins respectiva ofertă pe un motiv constituit de invocarea speculativă a unei reguli diferită de cea din documentația de atribuire și împotriva dispozițiilor legale în vigoare în materie incidente, impusă în perioada de evaluare a ofertelor, după depunerea acestora, regulă care nu putea prezenta nicio relevanță în raport de situația reală din procedură, în cadrul căreia, la solicitarea

de prelungire a garanției de participare și a valabilității ofertei, contestatoarea s-a conformat, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de către ... și va anula procesul verbal nr. 7, înregistrat sub nr. 5446/15.05.2017, în partea privind decizia de respingere a ofertei asocierii ...și actele subsecvente respectivului proces verbal.

Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să procedeze la reanalizarea ofertei contestatoarei cu luarea în considerare a situației faptice reale, a regulilor documentației de atribuire și dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, precum și a celor reținute în motivarea de față.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu art. 28 din Legea nr. 101/2016.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ...

Anulează procesul verbal nr. 7, înregistrat sub nr. 5446/15.05.2017, în partea privind decizia de respingere a ofertei asocierii.... și actele subsecvente respectivului proces verbal.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la reanalizarea ofertei contestatoarei cu luarea în considerare a situației faptice reale, a regulilor documentației de atribuire și dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, precum și a celor reținute în motivarea prezentei decizii.

Respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție *„în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu”* formulată de ...

Obligatorie.

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

Președinte	**Membru**	**Membru**
...	**...**	**...**

Redactată în 5 exemplare originale, conținând fiecare câte 9 pagini.