



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2288/C3/2638

Data: 10.12.2020

Prin contestația nr. 3182/25.11.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 52167/25.11.2020, înaintată de SA, cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, director general, formulată împotriva rezultatului procedurii aferent lotului 44 – 4.507.624 l apă minerală necarbogazoasă (plată) 2l/pet condiții tehnice de calitate, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 14286/20.11.2020, act emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de „Furnizare brânză topită, cașcaval, lapte praf, conserve din carne cu legume (tocană), conserve din carne cu legume (ciorbă), conserve din legume (tocană), conserve din carne de porc în suc propriu, conserve din pateu de ficat, făină albă de grâu, mălai superior, paste făinoase, ulei rafinat din floarea soarelui, zahăr tos, apă minerală naturală, necarbogazoasă (plată), orez”, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1023009/24.07.2020, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii (pentru acest lot), a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestora, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul lotului 44.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația nr. 3182/25.11.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 52167/25.11.2020, ... SA atacă rezultatul procedurii aferent lotului 44 – 4.507.624 l apă minerală necarbogazoasă (plată) 2l/pet condiții tehnice de calitate, ce i-a fost

comunicat prin adresa nr. 14286/20.11.2020, act emis de autoritatea contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, potrivit căruia oferta sa pentru acest lot a fost respinsă, ca inacceptabilă, din considerentul neîncasării garanției de participare.

În fapt, contestatoarea arată că, în data de 21.08.2020, a achitat contravaloarea garanției de participare (în quantum de 60.000 lei), în contul R086TREZ7005005XXX004242 și în beneficiul Unitatea teritorială 515 (elemente indicate de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției, respectiv în modelul de contract încărcat în SEAP) și a postat în SEAP dovada plății, respectiv OP-ul nr. 4038.

Un nou OP (nr. 4392) a fost emis în data de 26.08.2020, întrucât Banca Transilvania a returnat suma de 60.000 lei, cu mențiunea - Cont inexistent.

Contestatoarea precizează că, în data de 31.08.2020, suma depusă i-a fost returnată, din aceleași considerente.

La solicitarea de confirmare a contului și datelor acestuia, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a indicat drept titularul contului și nu Unitatea teritorială 515.

În acest context, contestatoarea arată că a emis OP-ul nr. 4509, prin care a achitat, în contul nr. R086TREZ7005005XXX004242, suma de 60.000 lei, reprezentând garanția participare la procedura de atribuire a lotului 44, sumă care se află și în prezent în contul

Pe de o parte, contestatoarea nu consideră o culpă a sa personală indicarea eronată a beneficiarului, iar, pe de altă parte, aceasta consideră că a dat dovadă de bună credință și a depus permanent diligențe în sensul remedierii neconcordanței și respectării obligației impuse.

În plus, contestatoarea susține că dispozițiile art. 36 alin. (4) din HG nr. 395/2016 condiționează admisibilitatea în procedură a ofertei de constituirea garanției de participare, nu de existența în cont a sumei aferente acesteia.

Or, precizează contestatoarea, autoritatea contractantă a avut cunoștință, încă de la momentul deschiderii ofertelor (25.08.2020), că SA a achitat suma de 60.000 lei, reprezentând garanția de participare, însă a completat numele beneficiarului din teritoriu al achiziției.

În aceste condiții, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să îi solicite, în conformitate cu dispozițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în termen de o zi lucrătoare, clarificări în legătură cu garanția de participare, și să îi acorde 3 zile termen pentru a răspunde.

De altfel, în cazul menționării incorecte a beneficiarului, jurisprudența din ultimii ani a înregistrat o practică unitară a CNSC-ului și a Curților de Apel: o consemnare greșită a beneficiarului se consideră eroare materială ce poate fi îndreptată, autoritatea contractantă fiind

obligată să anuleze decizia de respingere a ofertei, în care s-a invocat incorectitudinea numelui (Decizia CNSC nr. 3740/2009).

În consecință, văzând posibilitatea acordată de legiuitor în sensul clarificării neconcordanțelor cu privire la forma, dar și la fondul garanției de participare, contestatoarea apreciază că o situație ca cea de față ar fi impus o astfel de abordare.

Prin adresa nr. 14562/27.11.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 52648/27.11.2020, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată.

Preliminar, autoritatea contractantă arată că, în temeiul prevederilor art. 3 lit. a) pct. 30) din HG nr. 1380/2009, ... (.....) atribuie, în calitate de unitate de achiziții centralizată, în numele și pentru unitățile teritoriale subordonate, acorduri-cadru/contracte de achiziții publice pentru produsele rezervă de stat prevăzute în programele anuale.

Raportat la speța dedusă judecării, autoritatea contractantă menționează că derulează întreaga procedură de atribuire, iar contractele se încheie cu Unitatea Teritorială 515, unitate teritorială subordonată

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează că oferta contestatoarei a fost respinsă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, având în vedere că a fost declarată inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, întrucât SA nu a constituit garanția de participare (în ordinul de plată a menționat greșit numele beneficiarului plății, astfel că OP-ul nu a putut fi încasat).

Contrar afirmației contestatoarei potrivit căreia, la constituirea garanției de participare, a avut în vedere regulile documentației de atribuire, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu pct. III. 1.6.a), garanția se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

Ținând cont de modul în care contestatoarea a înțeles să-și constituie garanția (prin virament bancar), aceasta urma să se facă, conform documentației de atribuire, în favoarea, acceptat și confirmat de banca plătitore până în data și ora limită de depunere a ofertelor. Cont de trezorerie pentru încasare garanții de participare la licitații R086TREZ7005005XXX004242 Activitatea de Trezorerie și Contabilitate Publică Cod fiscal 26288978.

Așa cum susține și contestatoarea, dar și cum reiese din înscrisurile anexate (OP nr. 4038/21.08.2020 și OP nr. 4392/26.08.2020), numele beneficiarului plății este incorect.

OP nr. 4509/01.09.2020 a fost completat corect, cu numele beneficiarului plății (.....), dar după termenul limită de deschidere a ofertelor, și anume 24.08.2020, ora 15:00.

În acest context, autoritatea contractantă apreciază că a acționat în mod corect și legal, culpa aparținând în exclusivitate contestatoarei.

În sprijinul celor mai sus menționate, autoritatea contractantă invocă prevederile alin. (47) teza 3 din preambulul Directivei 2007/64/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind serviciile de plată în cadrul pieței interne, de modificare a Directivelor 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE și 2006/48/CE și de abrogare a Directivei 97/5/CE, dar și pe cele ale art. 74 alin. (1) din aceeași directivă, precum și prevederile art. 5 alin. (1) pct. 1 și art. 199 din Legea nr. 209/2019 privind serviciile de plată și pentru modificarea unor acte normative, cu modificările și completările ulterioare.

De altfel, susține autoritatea contractantă, în fișa de date a achiziției s-a specificat în mod clar faptul că ordinul de plată trebuie să fie *acceptat și confirmat de banca plătitoare*. Or, din înscrisuri, nu rezultă acest lucru, ci, dimpotrivă, rezultă refuzul băncii de a prelucra operațiunea, întrucât contestatoarea a indicat greșit numele beneficiarului plății.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă solicită înlăturarea apărărilor contestatoarei, ca lipsite de fundament juridic și bazate pe propriile opinii subiective.

Invocarea jurisprudenței CNSC și a Curților de Apel, deși, în realitate, este invocată o singură decizie a Consiliului, nu constituie un motiv de admitere a contestației. Decizia CNSC nr. 3740/2009 invocată nu are legătură cu speța dedusă judecății. Speța invocată ca și practică judiciară se referă la o altă modalitate de constituire a garanției de participare, și anume scrisoarea de garanție de participare, considerată un instrument de garantare. Scrisorile de garanție bancară pot fi emise de către bănci la solicitare, în baza unui depozit colateral constituit la bancă sau alte garanții constituite în favoarea băncii, fie pe baza altor garanții mai puțin lichide (ipoteci, gajuri etc.), caz în care solicitantul trebuie să facă dovada existenței surselor de plată a angajamentului asumat de bancă pe perioada respectivă. Astfel că, în această situație, existența unei erori materiale, cu privire la nume, poate fi îndreptată.

Or, în prezenta speță, constituirea garanției s-a făcut de către contestatoare prin virament bancar, greșeala în executarea obligației de plată aparținând, exclusiv, contestatoarei. Dovadă în acest sens este faptul că îndreptarea erorii materiale a putut fi făcută doar de către SA.

Pentru a-i putea fi luată în considerare garanția ei, contestatoarea ar fi trebuit să facă dovada că a constituit-o, în mod corect și legal, până la termenul limită de depunere a ofertelor, respectiv 24.08.2020.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 24.07.2020, o licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract (cu mai multe loturi) de „Furnizare brânză topită, cașcaval, lapte praf, conserve din carne cu

legume (tocană), conserve din carne cu legume (ciorbă), conserve din legume (tocană), conserve din carne de porc în suc propriu, conserve din pateu de ficat, făină albă de grâu, mălai superior, paste făinoase, ulei rafinat din floarea soarelui, zahăr tos, apă minerală naturală, necarbogazoasă (plată), orez”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1023009 și a documentației de atribuire aferente.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a-i declara inacceptabilă oferta, pentru lotul 44 - 4.507.624 l apă minerală necarbogazoasă (plată) 2l/PET, ... SA a formulat prezenta contestație, solicitând “reconsiderarea ofertei... sub aspectul admisibilității acesteia și evaluarea ei în consecință”, anularea tuturor actelor care conțin rezultatul procedurii, în speță a raportului procedurii și a comunicărilor subsecvente lui, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse, privind lotul 44.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206670111/1, în valoare de 121.705,85 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Gara de Nord, în data de 25.11.2020.

Consiliul are în vedere că părțile sunt în dispută cu privire la temeinicia respingerii ofertei, în sensul analizei dacă autoritatea contractantă avea îndreptățirea de a o exclude direct, în temeiul dispozițiilor art. 125 și art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, pentru neconstituirea garanției de participare (aspecte consemnate în *procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, nr. 11117/02.09.2020.).

Având în vedere aspectele de fapt, asupra cărora părțile nu au păreri divergente, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, înainte de a decide excluderea ofertei, pentru motivul arătat, avea obligația de a solicita clarificări SA.

Astfel, art. 132 alin. (3) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016 prevede, imperativ, obligația autorității contractante de a întreprinde demersurile de clarificare a oricăror neconcordanțe formale sau de fond, privitoare la garanția de participare: *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.*

Or, din documentele prezentate de părți, Consiliul constată că, deși, la data deschiderii ofertelor, autoritatea contractantă a constatat o eroare de întocmire a documentului de plată, aparținând ofertantului, nu a solicitat informațiile de clarificare a garanției la care se obliga ofertantul.

Procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, nr. 10705/25.08.2020, menționează situația de fapt următoare: "OP 4038/21.08.2020 beneficiar greșit, nu a fost încasat".

Consiliul constată că autoarea contestației s-a angajat ferm în prezentarea ofertei, inclusiv în sensul plății directe a garanției de participare, prin virament bancar, dar a scris eronat identitatea beneficiarului garanției, confundând organizatorul procedurii (structura centrală a, în continuare) cu beneficiarul furnizării produselor (Unitatea Teritorială 515 a).

Demersurile voluntare ale contestatoarei, de întocmire a unui nou ordin de plată, în lipsa validării primului, relevă buna sa credință, în implicarea în procedură.

Inclusiv solicitarea de precizări de informații, din partea, cu referire la imposibilitatea de transferare a sumelor (din data de 01.09.2020), relevă o implicare fermă în procedură, iar întocmirea celui de-al treilea ordin de plată, cu indicarea corectă a beneficiarului, probează o încercare de înlăturare a unui aspect formal de întocmire a unui document de însoțire a ofertei (dovada garanției de participare).

De altfel, la data excluderii ofertei (decisă la 02.09.2020), autoritatea contractantă avea la dispoziție suma reprezentând garanția de participare, adică era asigurat scopul specific impunerii unui astfel de gaj, în favoarea sa, așa cum este reglementat la art. 35 alin. (1) din aceleași norme de aplicare a Legii: *Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.*

Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit prin fișa de date a achiziției regulile formale de prezentare a garanției de participare, dar contestatoarea nu neagă existența acestora sau lipsa lor de claritate, ci doar eroarea formală de întocmire a documentului de constituire a ei (vezi subsecțiunea III.1.6.a) *Garantie de participare* din fișa de date a achiziției: " [...] - prin virament bancar, Ordin de plată, acesta va fi în favoarea, acceptat și confirmat de banca platitoare până la data și ora limită de depunere a ofertelor. Cont de trezorerie pentru încasare garanții de participare la licitații: RO86TREZ7005005XXX004242 Activitatea de Trezorerie si Contabilitate Publica [...]"

Or, tocmai pentru că demersul de clarificare a situației garanției de participare trebuie să aparțină achizitorului (conform regulii sus evocate a Normelor de aplicare a Legii), întrucât garanția îi profită exclusiv acestuia, în cazul în care s-ar impune executare ei, pentru comportamentul necorespunzător al ofertantului, din Normele de aplicare a Legii au fost eliminate regulile, inițiale, de la litera a) a alin. (2) al art. 137 (*În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: a) prin răspunsul transmis nu clarifică eventualele neconcordanțe prevăzute la art. 132 alin. (3) sau nu a depus dovada*

constituirii garanției de participare la data-limită de depunere a ofertelor;), text abrogat prin HG nr. 419/2018.

De altfel, consemnările din cele două procese-verbale ale autorității contractante sunt, parțial, contradictorii. În procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, s-a consemnat constatarea comisiei de evaluare că beneficiarul transferului de sume (din ordinul de plată nr. 4038) este eronat indicat și că nu s-au încasat sumele, iar în procesul-verbal în care s-ar fi făcut evaluarea garanției de participare (nr. 11117/02.09.2020), întocmit după înaintarea garanției, s-a consemnat că în ședința de deschidere s-ar fi constatat neconstituirea garanției.

Consiliul consideră, în același timp, că invocarea, de către autoritatea contractantă, a prevederilor art. 125 din Normele de aplicare a Legii, privind riscurile transmiterii ofertei, nu sunt aplicabile în speță, întrucât același act normativ are prevederi speciale, specifice, pentru situația garanției de participare, care însoțește oferta.

Consiliul consideră că, prin demersurile de prezentare a garanției de participare, derulate voluntar, contestatoarea a acoperit viciile de înaintare a ei, sesizate la deschiderea ofertei, iar autoritatea contractantă nu avea motive de fapt și de drept pentru excluderea din competiție. Acceptarea instrumentului de garantare, prezentat la 01.09.2020, nu poate reprezenta un avantaj incorect acordat contestatoarei, întrucât garanția de participare este la dispoziția autorității contractante (singura parte avantajată de întocmirea ei), pe durata întregii proceduri de atribuire.

Prin urmare, excluderea ofertei SA, pentru lotul 44, pe motivul absenței garanției de participare la data deschiderii ofertei este o măsură ce excede prevederilor art. 132 alin. (3) din Normele de aplicare a Legii, aplicabile în cauză.

Pentru cele ce preced, Consiliul va admite contestația, va anula decizia de excludere amintită și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei, pornind de la premisa îndeplinirii condițiilor de prezentare a garanției de participare de către SA, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SA, formulată în contradictoriu cu, privind rezultatul procedurii inițiate cu anunțul de participare nr. CN1023009/24.07.2020, stabilit în cazul lotului 44, cu privire la excluderea ofertei.

Anulează decizia de excludere amintită și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei,

pornind de la premisa îndeplinirii condițiilor de prezentare a garanției de participare, de către SA, pentru lotul 44.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....

.....