

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 148/C1/3300

Data: 20.01.2022

Prin contestația nr. 1245/20.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 66354/20.12.2021 formulată de SC SRL cu sediul în sat., ... județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată legal prin, împotriva raportului procedurii nr. 13388L/ 13.12.2021, a comunicării rezultatului procedurii nr. 54801/13.12.2021, precum și a procesului verbal privind evaluarea garanțiilor de participare nr. 9705L/30.09.2021, întocmite de către SA, cu sediul în, Str., nr., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect: „Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului, pentru obiectivul: «Sală de educație fizică școlară la Școala Gimnazială Mătești, Comuna Săpoca, sat Mătești, jud.» – combustibil solid” cod CPV 45200000-9, s-a solicitat: anularea raportului procedurii, a procesului verbal de verificare a conformității garanțiilor de participare și a comunicării de respingere a ofertei, cu consecința aplicării corecte a legislației în vigoare.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. /27.12.2021, SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SRL cu sediul în, ... bloc....., ... județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare și sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la sediul secundar din, ... județul, reprezentat legal de, a formulat cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL în cadrul aceleiași proceduri de achiziție, solicitând:

1. în principal: încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară principală în interes propriu, având în vedere că există un drept propriu pe care dorește să îl protejeze prin prezentul demers judiciar;

2. în subsidiar: încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul precizează că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 54801/13.12.2021, autoritatea contractantă i-a transmis faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Menționează că acest demers tranșant a fost justificat de către comisia de evaluare fără a transmite nici măcar o clarificare în acest sens, contrar legislației în vigoare, prin simplul fapt că aceasta „a considerat că, prin depunerea unei garanții de participare, având ca beneficiar o altă autoritate contractantă și care nu corespunde sub nici un aspect cerințelor privind cuantumul sau valabilitatea acesteia, nu ați făcut dovada constituirii garanției de participare astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire” și prin faptul că „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

În susținere, contestatorul invocă dispozițiile art. 132 alin. (3), art. 134 alin. (1), (3) și (4) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, subliniază faptul că prin modalitatea sa de evaluare, comisia a omis să facă uz și de aceste prevederi, considerându-le inutile în cazul de față, prin faptul că deși există posibilitatea solicitării unor clarificări în legătură cu garanția de participare, cu referire la quantum, denumire, perioada de valabilitate, acestea ar reprezenta un avantaj adus ofertantului în detrimentul celorlalți participanți.

Contestatorul recunoaște faptul că în cadrul documentelor de calificare încărcate în cadrul procedurii, a atașat o garanție de participare aferentă altei proceduri și își asumă faptul că ofertantul este singurul răspunzător de modalitatea de transmitere corectă și completă a ofertei, dar faptul că nu a fost adresată nici o clarificare în acest sens, înainte de a se decide respingerea ofertei, contravine prevederilor legale mai sus menționate.

De asemenea, apreciază că această eroare se putea îndrepta prin atașarea garanției de participare corect emisă, înainte de data limită de depunere a ofertelor, conformă și pentru procedura în cauză, acest motiv de descalificare fiind unul forțat, ce lasă loc de interpretări despre cine sau cum este favorizat.

O altă critică adusă de contestator este aceea potrivit căreia nu i s-a permis, conform cererii de acces la dosarul achiziției, vizualizarea celorlalte două oferte depuse, deși se menționează în raportul procedurii faptul că nici un ofertant nu a declarat oferta confidențială.

Acest refuz a fost interpretat de către contestator ca fiind total abuziv, justificat prin simplul fapt că operatorul economic câștigător a avut în cadrul ofertei o declarație de confidențialitate a acesteia, despre care nicăieri nu s-a făcut vorbire. În acest sens invocă prevederile art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 67294/2021, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207723495/1, tranzacția nr. 1159130133/1970549427 din data de 23.12.2021 eliberată de CEC Bank-Sucursala, în cuantum de 41.908,90 lei.

Prin adresa nr. 58041/23.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 67044/23.12.2021, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr./2021, SC SRL, a formulat cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL, solicitând

1. în principal: încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară principală, în interes propriu, având în vedere că există un drept propriu pe care dorește să îl protejeze prin acest demers judiciar;

2. în subsidiar: încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, în interesul autorității contractante.

Pe fondul cauzei, intervenientul solicită, ca prin decizia pe care Consiliul o va pronunța să dispună:

- respingerea ca nefondată a contestației formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii, a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare și a tuturor actelor subsecvente și dependente de acestea;

- respingerea ca nefondată a contestației formulată împotriva raportului procedurii adoptat de autoritatea contractantă, privind rezultatul procedurii de atribuire.

Intervenientul consideră că, în contextul în care a fost declarat adjudecator al contractului de achiziție publică, justifică un interes născut, direct, legitim și actual în promovarea cererii de intervenție, scopul fiind reprezentat de menținerea rezultatului adoptat în cadrul procedurii de atribuire.

De asemenea precizează că în cazul în care cererea de intervenția voluntară nu este calificată ca fiind principală, solicită să se constate că

tinde la menținerea deciziei autorității contractante, iar susținerile sale vin în sprijinul acesteia, motiv pentru care solicită în subsidiar ca demersul său să fie calificat ca o cerere de intervenție accesorie, în interesul intimatei.

Intervenientul prezintă un scurt istoric al procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

În ceea ce privește nemulțumirile contestatorului în legătură cu informațiile considerate confidențiale și protejate de un drept de proprietate intelectuală, intervenientul precizează că a depus în cadrul ofertei o declarație formulată în spiritul dispozițiilor art. 57 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, susține că în etapa depunerii ofertelor a precizat expres că oferta sa este confidențială și a informat autoritatea contractantă în acest sens, conduita fiind conformă cu dispozițiile legale, scopul declarației formulate fiind acela, că interesele și drepturile sale să fie protejate integral, întrucât toate informațiile prezentate și regăsite în documentele ofertei sunt incluse în categoria celor confidențiale și protejate de un drept de proprietate intelectuală.

De asemenea, în contextul celor de mai sus, intervenientul arată că împrejurarea că, dintr-o eroare, autoritatea contractantă nu a amintit în cuprinsul raportului final al procedurii declarația de confidențialitate, acest fapt nu poate genera concluzia că declarația respectivă nu există.

În ceea ce privește confidențialitatea informațiilor regăsite în cadrul ofertei sale, intervenientul subliniază că este unanim recunoscut faptul că în piața/domeniul execuției de lucrări, fiecare operator economic implicat are propria-i viziune, abordare de execuție și de parcurgere a unui contract, astfel încât, toate aceste proceduri/metodologii reprezintă rezultatul unui amplu proces de natură intelectuală, fundamentat pe o serie de informații care nu pot fi aduse la cunoștință publicului larg, ori persoanelor care nu justifică și nu probează un interes legitim, sau care dețin calitatea de competitori în segmentul de piață în care acel operator activează. În aceste condiții, este firesc că rațiunea legiuitorului a fost tocmai aceea de a securiza interesele operatorilor economici participanți la procedură, și de a limita accesul adversarilor săi la aceste informații, a căror intenție poate fi inclusiv aceea de a copia sau de se inspira din oferta acelei societăți și de a le utiliza în viitor, în mod neautorizat și mai ales nelegal.

De asemenea, intervenientul subliniază că propunerea tehnică și propunerea financiară conțin elemente, valori și prețuri pentru care și-a adus aportul intelectual, sunt date cu caracter personal sau se încadrează în sfera noțiunii de secret comercial. Totodată, menționează că discount-urile/ofertele avantajoase sunt acordate de furnizorii săi

exclusiv în considerarea relației comerciale/contractuale derulată în precedent, astfel că se impune să nu divulge aceste informații.

Intervenientul susține că singurele organisme abilitate, în acest caz, să analizeze și verifice conținutul ofertelor sunt comisia de evaluare și Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, iar contestatorul nu este îndreptățit să ia la cunoștință datele tehnice și financiare, care au stat la baza întocmirii ofertei, mai ales că acestea se referă la personalul propus, la modalitatea de execuție a lucrărilor, precum și la modul de concepere al ofertei financiare.

Astfel, apreciază că autoritatea intimată a respins justificat solicitarea contestatorului de studiere a ofertelor, mai ales că intimatul a precizat expres că nu este de acord cu divulgarea datelor regăsite în oferta tehnică și financiară.

În ceea ce privește motivul stabilit de comisia de evaluare în legătură cu descalificarea contestatorului și declararea ofertei sale ca inacceptabilă, intervenientul susține că această soluție este temeinică și legală.

Cu privire la acest aspect consideră că autoritatea contractantă, în mod judicios a constatat că pentru garanția de participare, contestatorul a încărcat în platforma electronică SICAP, o poliță de asigurare emisă de o societate de asigurare autorizată, la care a fost indicat un alt beneficiar decât autoritatea contractantă din această procedură.

De asemenea, arată că comisia de evaluare a considerat că, prin depunere unei garanții de participare, având ca beneficiar o altă autoritate contractantă și care nu corespunde sub nici un aspect cerințelor privind cuantumul sau valabilitatea acesteia, ofertantul nu face dovada constituirii garanției de participare, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire, și cum dispun prevederile art. 36 alin. (2), (3), (4) din HG nr. 395/2016.

În raport de această situație, în opinia intervenientului, în mod corect s-a stabilit că informațiile din polița de asigurare prezentată de ofertant nu pot fi interpretate ca „neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia”, în acest caz nefiind aplicabile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Totodată arată că autoritatea contractantă a stabilit că o eventuală solicitare de clarificări formulată în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 ar conduce la apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului, și invocă prevederile alin. (2) al aceluiași articol.

Intervenientul consideră relevante în sensul celor de mai sus prevederile documentației de atribuire (obligatorie pentru părțile

implicate în procedură), regăsite în Secțiunea III.1.6.a) „Garanție de participare” din fișa de date, care stabilesc că: „(...) 8. Neprezentarea constituirii garanției de participare conduce la declararea ofertei ca inacceptabilă. 9. Dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la termenul limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SEAP în format electronic cu semnătură electronică extinsă”.

Față de aceste reguli clare și cerințe expres prevăzute, consideră că în mod corect s-a stabilit că autoritatea contractantă nu are dreptul și nu poate proceda la solicitarea de clarificări întrucât acceptarea unui răspuns îl va avantaja în mod evident pe ofertant, comisia de evaluare permițând în acest caz, ca prin răspunsul transmis ofertantul să-și transforme oferta din inacceptabilă în ofertă conformă.

Susține că orice altă soluție aleasă de către membrii comisiei de evaluare, cu privire la garanția de participare prezentată de contestator, ar fi fost echivalentă cu încălcarea principiului tratamentului egal și nediscriminării față de ceilalți participanți la procedură, care au depus diligențele necesare constituirii garanției de participare și punerii la dispoziția autorității în termenul limită de depunere a ofertelor.

Prin urmare, față de întreaga situație analizată, intervenientul susține că soluția respingerii ofertei SRL ca inacceptabilă (art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/20216), reprezintă o soluție corectă și legală deoarece a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare (constituirea garanției de participare la data limită de depunere a ofertelor), stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

În concluzie, susține că argumentele invocate de contestator sunt lipsite de temei și fundament juridic, motiv pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 59267/30.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 68336/30.12.202, ... SA transmite punctul de vedere prin care solicită respingerea contestației ca fiind nefondată, în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare pentru următoarele motive:

- în oferta depusă, garanția de participare prezentată de societatea contestatoare este aferentă altui obiectiv de investiții, deci, ofertantul nu a prezentat garanția de participare până la data limită pentru depunerea ofertelor;

- în oferta depusă nu a încărcat propunerea tehnică în secțiunea dedicată, atașând o captură de ecran pentru a demonstra acest aspect.

Autoritatea contractantă arată că, deși contestatorul recunoaște că a depus în cadrul documentelor de calificare „o garanție de participare

aferentă altei proceduri” și că „ofertantul este singurul răspunzător de modalitatea de transmitere corectă și completă a ofertei”, susține totodată că „faptul că nu a fost adresată nici o clarificare în acest sens, înainte de a se decide respingerea ofertei, contravine prevederilor legale mai sus menționate” și că „la o simplă clarificare, s-ar fi constatat această eroare, prin faptul că am fi atașat garanția de participare corect emisă, înainte de data limită de depunere a ofertelor, conformă și pentru procedura în cauză, acest motiv de descalificare fiind unul forțat, ce lasă loc de interpretări despre cine sau cum ar fi favorizat”.

Referitor la susținerile contestatorului privind netemeinicia deciziei de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, pentru neconstituirea garanției de participare, autoritate contractantă apreciază că acestea sunt neîntemeiate, pentru considerentele prezentate în continuare.

Astfel, arată că modalitatea de depunere a garanției de participare a fost stipulată în fișa de date a achiziției, Secțiunea III. 1.6.a) Garanție de participare, după cum urmează: „Ofertanții vor constitui garanția în cuantum de 20.000 lei” Note: (.....)”.

Autoritatea contractantă precizează că având în vedere dispozițiile art. 132 alin. (1) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin HG nr. 395/2016, comisia de evaluare, analizând și verificând oferta din punct de vedere al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție și a constituirii garanției de participare ce însoțește oferta, a constatat că, ofertantul SC SRL a încărcat în SICAP Polița de asigurare emisă de EUROINS, Seria: OD nr. 2056236075, valabilă de la 24.09.2021 până la 24.01.2022, cu o valoare de 17.000 lei - având indicat Beneficiar (și nu Sala de educație fizică (...) Com. Săpoca, sat Mătești, jud.), nr. Invitație: SCN1092624, Valabilitate ofertă de la: 24.09.2021 până la: 24.01.2022. Aceste elemente nu au legătură cu procedura de atribuire organizată de CNI SA, pentru care trebuia constituită o garanție de participare de 20.000 lei, perioada de valabilitate fiind din 24.09.2021 până la 24.09.2022.

Comisia de evaluare apreciază cele susținute de contestator ca fiind neîntemeiate și consideră că, prin depunere unei garanții de participare având ca beneficiar o altă autoritate contractantă și care nu corespunde sub nici un aspect cerințelor privind cuantumul sau valabilitatea acesteia, ofertantul nu face dovada constituirii garanției de participare astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire, respectiv fișa de date Secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare, cu respectarea dispozițiilor art. 36 alin. (1) - (4) din HG nr.395/2016.

De asemenea, susține că comisia de evaluare a stabilit că o eventuală solicitare de clarificări formulată în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 ar conduce la apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului SRL, iar conform alin. (2) al aceluiași articol, „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant” și încălcarea principiului tratamentului egal față de ceilalți ofertanți care au înțeles și au respectat prevederile documentației de atribuire, Secțiunea II 1.1.6.a) „Garanție de participare” din fișa de date, care stabilesc că: „(...) 8. Neprezentarea constituirii garanției de participare conduce la declararea ofertei ca inacceptabilă. 9. Dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la termenul limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SEAP în format electronic cu semnătură electronică extinsă. (...)”.

Luând în considerare toate aceste aspecte, comisia de evaluare a considerat că nu se impunea solicitarea de clarificări întrucât acceptarea unui răspuns l-ar fi avantajat în mod evident pe ofertant, comisia de evaluare permițând în acest caz ca prin răspunsul transmis ofertantul să-și transforme oferta din inacceptabilă în ofertă conformă și a decis, în unanimitate, respingerea ofertei prezentată de SRL ca inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b).

Pe de altă parte, autoritatea precizează faptul că, în ipoteza în care, prin absurd, ar fi procedat la solicitarea de clarificări (așa cum pretinde contestatorul că ar fi fost corect) și ar fi acceptat răspunsul acestuia declarând oferta conformă, ofertantului SRL nu i-ar fi profitat, întrucât nu a depus propunerea tehnică în secțiunea dedicată, astfel cum rezultă din captura de ecran prezentată, rezultatul final fiind declararea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016, deoarece ofertei prezentată de îi lipsește una din cele două componente (propunerea tehnică), așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la critica privind faptul că în raportul procedurii nu s-a consemnat existența Declarațiilor de confidențialitate, autoritatea menționează că dintr-o eroare, la capitolul 2.4.8 „Informații din cadrul ofertelor declarate de ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală (în sensul prevederilor legislației în domeniul achizițiilor publice/sectoriale)” - din raportul procedurii s-a consemnat că „Ofertanții nu au declarat nicio informație din ofertele prezentate ca fiind confidențială/ clasificată/protejată de un drept de proprietate intelectuală”, declarațiile de confidențialitate fiind depuse în cadrul documentelor de calificare și se regăsesc în dosarul achiziției.

Având în vedere cele de mai sus autoritatea contractantă consideră neîntemeiată contestația depusă, aceasta fiind bazată pe explicații și argumente ce nu au temei legal.

În susținere invocă în drept dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale Normelor Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului, pentru obiectivul: «Sală de educație fizică școlară la Școala Gimnazială Mătești, Comuna Săpoca, sat Mătești, jud.» – combustibil solid” cod CPV 45200000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr. SCN1090500 din 03.08.2021. Conform cap. II.1.5 din anunțul de participare simplificat, valoarea estimată a procedurii este 2.095.444,70 lei fără TVA. Potrivit cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL, în calitate de lider al Asocierii SC SRL – SC SRL a depus cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. /27.12.2021 (vol. 2/2 al dosarului cauzei), cerere care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică respectiva cerere de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție 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 contestației. (...)” și având în vedere faptul că, la data de 21.12.2021, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul „[SCN1090500/00052] contestatie ACS.pdf”, contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție anterior precizată este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din c.p.c. dar și faptul că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, Asocierea SC SRL – SC SRL are calitatea de ofertant desemnat câștigător (conform pct. 4 din Raportul procedurii cu nr. 13388L/13.12.2021, pag. 18-24 conform Opis, vol. 1/2 al dosarului cauzei) iar cererea acestuia privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu respectiva cerere de intervenție, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza această cerere de intervenție împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Procedând la analiza fondului cauzei, se reține că, prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta sa, motiv pentru care Consiliul va soluționa contestația analizând criticile formulate în acest sens de către contestator, luând în considerare atât prevederile documentației de atribuire cât și legislația aplicabilă.

Astfel, în ceea ce privește criticile contestatorului, formulate în cadrul contestației, Consiliul reține că, potrivit precizărilor din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare, intitulate generic „Fișa de date”, respectiv cele de la **secțiunea III.1.6.a) - Garanție de participare, „Ofertanții vor constitui garanția în cuantum de 20.000 lei**

Note: 1. Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016.

2. Contul autorității contractante RO06RNCB0081151877230037 deschis la BCR.

3. Perioada de valabilitate a garanției pentru participare va fi cel puțin egală cu perioadă minimă de valabilitate a ofertei – 12 luni de la termenul limită de depunere a ofertelor.

4. În cazul depunerii de oferte în asociere, instrumentul de garantare trebuie să prevadă în mod explicit faptul că garanția de participare este constituită în numele asocierii și că acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici.

5. Ofertanții vor constitui garanția de participare printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

6. Dovada constituirii garanția de participare emisă în altă limbă decât română va fi prezentată cel mai târziu la termenul limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SEAP în format electronic cu semnătura electronică extinsă, însoțită de traducerea autorizată în limba română.

7. Echivalența pentru o garanție de participare depusă în altă monedă se va face la cursul BNR din data anterioară datei limită de depunere a ofertelor cu 5 zile calendaristice.

8. Neprezentarea constituirii garanției de participare conduce la declararea ofertei ca inacceptabilă.

9. Dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la termenul limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SEAP în format electronic cu semnătura electronică extinsă.

10. Reținerea garanției de participare, se va face, în condițiile prevăzute de art. 37 alin. 1 din HG nr. 395/2016.”

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că autoritatea contractantă a impus în mod clar ca operatorii economici să depună, la procedura în discuție, garanții de participare în forma, cuantumul și perioada de valabilitate astfel cum au fost precizate la **secțiunea III.1.6.a) - Garanție de participare** din Fișa de date.

Contestatorul a încărcat în SEAP **Poliza de asigurare de garanție pentru licitații** (vol. 1/2 al dosarului cauzei), emisă de **EUROINS**, Seria: OD nr. 2056236075, perioada de asigurare valabilă **de la 24.09.2021 pana la 24.01.2022**, cu o valoare a garanției de **17.000,00 lei** (suma asigurată), având indicat drept Beneficiar - Comuna Dumbrăveni și obiectiv ofertă **„REABILITARE MODERNIZARE, EXTINDERE SI DOTARE ȘCOALA GENERALA SI GRĂDINIȚĂ CU PROGRAM NORMAL, SAT CINDESTI, COM. DUMBRĂVENI, JUD. VRANCEA”**, aferent invitației de participare în SEAP cu nr. SCN1092624, cu **valabilitate ofertă de la 24.09.2021 până la 24.01.2022**.

Ulterior datei-limită de depunere a ofertei, comisia de evaluare, constatând că ofertantul SC SRL a încărcat în SEAP Poliza de asigurare sus precizată, care a fost constituită pentru altă procedură de atribuire, cu beneficiar altă autoritate contractantă, în alt cuantum și cu altă perioadă de valabilitate, a respins din acest motiv, fără a mai solicita clarificări, oferta acestuia, ca fiind inacceptabilă, în baza prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, comunicând acest lucru contestatorului prin adresa nr. 54801/13.12.2021 (pag. 449, vol. 2/2 al dosarului cauzei) motivat de aspectele precizate anterior, vizavi de răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări în discuție.

În motivarea deciziei de respingere a contestatorului, autoritatea contractantă precizează în comunicarea sus precizată următoarele: *„Comisia de evaluare a considerat că, prin depunere unei garanții de participare, având ca beneficiar o altă autoritate contractantă și care nu corespunde sub nici un aspect cerințelor privind cuantumul sau*

valabilitatea acesteia, nu ați făcut dovada constituirii garanției de participare astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire (...).

Comisia de evaluare a considerat că informațiile din Polița de asigurare prezentată de ofertantul SRL nu pot fi interpretate ca „neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia” în situația dată nefiind aplicabile dispozițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Față de cele constatate anterior, comisia de evaluare a stabilit că o eventuală solicitare de clarificări formulată în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 ar conduce la apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului SRL iar conform alin. (2) al aceluiași articol, „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat” și încălcarea principiului tratamentului egal față de ceilalți ofertanți care au înțeles și au respectat prevederile documentației de atribuire, Secțiunea III.1.1.6.a) „Garanție de participare” din fișa de date, care stabilesc că: „(...)”.

În aceste sens, comisia de evaluare a considerat ca nu se impunea solicitarea de clarificări întrucât acceptarea unui răspuns l-ar fi va avantajat în mod evident pe ofertant, comisia de evaluare permițând în acest caz ca prin răspunsul transmis ofertantul să-și transforme oferta din inacceptabilă în ofertă conformă.”

Or, Consiliul nu poate reține această motivare deoarece decizia de respingere a ofertei contestatorului a fost adoptată de către comisia de evaluare fără respectarea prevederilor legale în domeniu, respectiv aceasta nu a solicitat contestatorului clarificări, astfel cum avea obligația (și nu dreptul) conform prevederilor exprese ale art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care reglementează punctual aspecte legate de garanția de participare.

Astfel, raportat la scopul clamat de comisia de evaluare, și anume acela de aplicare corectă a dispozițiilor Legii nr. 98/2016, acesta nu a fost atins întrucât, contrar prevederilor legale anterior citate, comisia de evaluare nu a formulat o solicitare de clarificări relevantă în verificarea îndeplinirii cerinței în speță, cu respectarea corespunzătoare a prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În soluționarea contestației, Consiliul reține incidența prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora **„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 quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un**

termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă”.

Consiliul reține că prevederile legale anterior iterate nu condiționează solicitarea de clarificări cu privire la garanția de participare de existența unor neconcordanțe legate doar de o condiție de constituire a garanției de participare, cum ar fi cuantumul, sau de 2 astfel de condiții, cum ar fi valabilitatea și forma, această obligație subzistând și în situația în care există eventuale neconcordanțe în ceea ce privește constituirea garanției de participare, atât referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă cât și la cuantumul și valabilitatea respectivei garanții.

Raționamentul anterior se regăsește și în consilierea metodologică, acordată de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în temeiul art. 4 din HG nr. 395/2016, disponibilă spre consultare publică la adresa internet <https://achizitiipublice.gov.ro/> respectiv:

„Speța 928

Într-o procedură de atribuire, pentru a dovedi constituirea garanției de participare, un operator economic a încărcat un instrument de garantare constituit pentru o altă procedură și implicit într-un alt cuantum decât cel solicitat de autoritatea contractantă. În acest context, există temei legal pentru respingerea ofertei în cauză?

Răspuns:

Scopul pentru care garanției de participare este acela de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire (art. 35 alin. (1) din Anexa la H.G. nr. 395/2016).

(...)

De asemenea, precizăm că, în conformitate cu prevederile **art. 132 alin. (3)** din Anexa la H.G. 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.”

Plecând de la scopul solicitării constituirii garanției de participare, respectiv de protecție a autorității contractante, și luând în considerare faptul că legiuitorul, **prin prevederile art. 132 alin. (3) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, incumbă comisiei de evaluare obligația expresă** de a clarifica eventuale neconcordanțe referitoare la îndeplinirea **condițiilor de formă** ale garanției de participare **inclusiv la cuantumul sau valabilitatea acesteia**, subliniem că prin răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă conform **art.**

132 alin. (3) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, **ofertantul trebuie să confirme că îndeplinește toate condițiile/cerințele de formă** (ex: quantum, valabilitate) prevăzute în documentele achiziției cu privire la constituirea garanției de participare (...).

În situația în care se dovedește că ofertantul a îndeplinit cerințele din documentația de atribuire, apreciem că scopul pentru care a fost solicitată garanția, respectiv de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire (art. 35 alin. (1) din Anexa la H.G. nr. 395/2016), este atins și, prin urmare, nu devine incidentă declararea ofertei ca fiind inacceptabilă, potrivit prevederilor în materie”.

Având în vedere cele precizate anterior, este evident că membrii comisiei de evaluare nu au ținut cont, în cazul de față, de aceste aspecte legale. Astfel, comisia de evaluare a omis faptul că, raportat la cele precizate anterior, trebuia, într-o astfel de situație, să procedeze la clarificarea situației în discuție prin raportare la scopul pentru care s-a inițiat procedura de atribuire, respectiv semnarea contractului de achiziție publică, iar nu respingerea ofertelor primite.

În acest sens, **prin modul de analiză și de evaluare, comisia de evaluare trebuia să aibă certitudinea că oferta respinsă nu asigură respectarea cerințelor enunțate în documentele achiziției**, fiind eliminate orice inadvertențe nesemnificative, **precum și să confere securitate juridică sporită deciziei sale prin solicitarea de clarificări clare din punctul de vedere al obiectului**, motivate, prin raportare la prevederile documentelor achiziției și cu un termen de răspuns adaptat.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai 2012 pronunțată de Curtea de Apel :

„Este adevărat că dispozițiile legale enunțate, ca și dispozițiile art. 35 din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, dar acest drept trebuie exercitat cu bună-credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice, iar nu discreționar. Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanță, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile.”

În hotărârea pronunțată în cauza C-131/16, CJUE a reținut următoarele aspecte:

*„Principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. **În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere.**”*

Or, tocmai acesta ar fi fost rolul solicitării de clarificări și în cazul de față, respectiv de a lămuri anumite neconformități/erori/omisiuni ale ofertei contestatorului, respectiv ale garanției de participare depusă de acesta, la care contestatorul avea obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență în sensul remedierii/transmiterii documentelor de conformitate din care să rezulte respectarea întocmai a cerințelor documentației de atribuire, privind constituirea garanției de participare.

Consiliul reține că s-ar fi confirmat sau infirmat, astfel, dacă remedierea neconcordanțelor legate de constituirea garanției de participare, de către contestator, ar fi avut rol de clarificare sau de confirmare în sensul demonstrării cerințelor de la **secțiunea III.1.6.a) - Garanție de participare** din Fișa de date, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Cu toate acestea, deși se impuneau solicitări de clarificări, ca măsură adecvată pentru clarificarea neconcordanțelor în speță, și, implicit, ca măsură necesară pentru finalizarea procedurii de atribuire în condiții optime, comisia de evaluare a procedat invers față de cele precizate anterior, în cazul contestatorului, în mod excesiv de formalist, contrar tuturor prevederilor legale sus precizate și tuturor argumentelor juridice date de jurisprudența de specialitate.

Pe cale de consecință, deși în speța de față puteau fi clarificate în mod simplu anumite aspecte legate de garanția de participare depusă de

contestator, prin solicitări de clarificări, ca măsură de rezolvare facilă a unor neclarități, comisia de evaluare a luat o decizie contrară, fiind încălcat în mod evident și principiul proporționalității măsurilor adoptate care impunea analiza ofertei prin raportare la scopul achiziției și nu la interpretări excesiv de formaliste, contrare prevederilor legale aplicabile.

În acest condiții, Consiliul nu poate reține ca întemeiat motivul de respingere a ofertei contestatorului ca fiind inacceptabilă, având în vedere cele menționate mai sus, declararea ofertei contestatorului ca inacceptabilă neîndeplinind rigorile prevederilor legale anterior menționate, privind clarificarea neconcordanțelor cu privire la garanția de participare depusă de acesta, fiind doar rezultatul interpretării eronate de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind evaluarea ofertelor, pe fondul unui formalism excesiv al comisiei de evaluare.

Sușinerile autorității contractante potrivit căroră SC SRL nu ar fi încărcat în SEAP propunerea tehnică nu pot fi luate în considerare deoarece în cuprinsul actului atacat respectiv a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 54801/13.12.2021 nu a fost menționată vreo lipsă a propunerii tehnice drept motiv de respingere a ofertei contestatorului.

Consiliul reține că potrivit principiului disponibilității prevăzut la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, limitele contestației sunt determinate de societatea contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele deoarece obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității.

Aplicând principiul disponibilității, anterior iterat, și ținând seama de faptul că obiectul contestației privește motivele de respingere a ofertei contestatorului astfel cum au fost comunicate contestatorului prin adresa anterior menționată, Consiliul nu va analiza în cadrul prezentei modalitatea în care a încărcat contestatorul propunerea tehnică în SEAP, nefiind investit în acest sens.

În ceea ce privește criticile contestatorului privind mențiunile eronate din raportul procedurii cu privire la confidențialitatea ofertelor depuse, Consiliul reține că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă achiesează la criticile contestatorului, recunoscând existența respectivelor erori materiale, motiv pentru care va admite aceste critici, urmând ca, pentru respectarea principiului transparenței, să oblige autoritatea contractantă la menționarea în raportul procedurii a aspectelor cu privire la care a achiesat.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA, și, pe cale de consecință, va respinge cererea de intervenție formulată de SC SRL, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului, începând cu garanția de participare, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA, și, pe cale de consecință, respinge cererea de intervenție formulată de SC SRL, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente, și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului, începând cu garanția de participare, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini