CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .....
Data: 2019

Prin contestația nr. .....2019, înregistrată la CNSC sub nr. .....2019, formulată de SC ..... SRL cu sediul în ....., str. Dudești-Pantelimon, nr. 44, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având cod unic de înregistrare RO....., împotriva raportului procedurii nr. 11215 din 07.08.2019, emis de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., jud. ....., în cadrul procedurii licitație deschisă având ca obiect „..... ..... – etapa I – ..... județul .....”, cod CPV: 33100000-1, s-a solicitat:

- anularea parțială a raportului procedurii nr. 11215/07.08.2019 cât și a comunicărilor nr. 11217/07.08.2019 și nr. 11218/07.08.2019 pentru loturile 2 - ..... și lotul 3 - ..... și admiterea sa la următoarea fază de evaluare.

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

În fapt contestatorul precizează că a participat la procedura de atribuire inițiată de autoritatea contractantă în SEAP prin anunțul de participare nr. .....2019. A depus la termen oferta însoțită de documentele solicitate de autoritatea contractantă pentru lotul 2 - .....și lotul 3 - .....

De asemenea, precizează că prin intermediul SEAP, în data de 07.06.2019 prin adresele nr. 8244 și 8245 autoritatea contractantă a solicitat clarificări, deoarece în polița de asigurare seria nr. M nr.

000046966 din data de 28.05.2019, emisă de City Insurance SA, prin care a constituit garanția de participare, dintr-o eroare de redactare, asigurătorul a calculat greșit data intrării în valabilitate a acesteia, făcând o confuzie cu data emiterii, valabilitatea acestuia decalându-se cu câteva zile.

Contestatorul susține că, urmare a solicitării de clarificări adresate de comisia de evaluare, a răspuns în termenul acordat de comisia de evaluare postând în SEAP în data de 10.06.2019 răspunsul său nr. 331/10.06.2019, prin care a transmis un act adițional la contractul de asigurare M nr. 000046966 din data de 28.05.2019, emis de City Insurance SA în sensul extinderii termenului de valabilitatea a acestuia.

Cu toate acestea, în data de 07.08.2019, prin comunicările nr. 11217/07.08.2019 și nr. 11218/07.08.2019, autoritatea contractantă i-a comunicat decizia de respingere a ofertelor depuse la lotul 2 - ..... și lotul 3 - ..... ca inacceptabilă conform dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În susținerea nelegalității deciziei autorității contractante contestatorul invocă prevederile art. 132 alin. (3) și ale art. 134 alin. (1) și (5) din HG nr. 395/2016, pe care le și redă.

În condițiile în care, în urma solicitării autorității contractante, a remediat viciile de formă constatate la garanția de participare depusă, contestatorul consideră că motivarea autorității contractante privind considerarea ofertei sale ca inacceptabilă este total nefondată.

Luând în considerare prevederile art. 135 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016 (pe care le citează), contestatorul susține că acestea nu pot fi aplicate în cazul său deoarece la loturile respective a fost singurul ofertant ce a depus ofertă.

De asemenea, arată că spețele invocate de autoritatea contractantă în susținerea deciziei luate nu pot fi luate în considerare datorită faptului că sunt acte emise în perioada 2011-2016, legea în materie de achiziții publice suferind modificări substanțiale.

Pe de altă parte, arată că dacă autoritatea contractantă a acționat cu atâta meticulozitate, avea posibilitatea să studieze spețele publicate de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, din care citează 2 spețe.

În consecință, contestatorul apreciază că oferta sa, după corectarea omisiunilor în ceea ce privește forma garanției de participare este declarată inacceptabilă fără nici un temei legal.

Mai mult, consideră că acest fapt duce la încălcarea prevederilor art. 147 alin. (2) din HG nr. 395/2016 creând circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În data de 13.08.2019, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 31489, SC ..... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205658158/1, tranzacția: 885401652/1633743777 din data de 12.08.2019, emisă de CEC Bank – sucursala Victoria, în valoare de 29.389,30 lei.

Prin adresa nr. 11389/12.08.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 31566/13.08.2019, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precizând următoarele:

În fapt, autoritatea contractantă precizează că a inițiat o procedură de licitație deschisă, procedură împărțită în șase loturi, în vederea încheierii unui contract de achiziție publică, având ca obiect achiziția de produse – dotare cu echipamente medicale pentru investiția „....., județul .....”, publicând în SEAP anunțul de participare nr.....2019 și în JOUE anunțul de participare nr.....

Autoritatea contractantă arată că ..... SRL a înțeles să depună ofertă în cadrul procedurii sus menționate pentru lotul nr. 2 și lotul nr. 3, postând în SEAP în data de 04.06.2019, orele 12:12 oferta pentru ambele loturi.

Autoritatea contractantă arată că contestatorul ....., a depus în cadrul ofertei polița de asigurare de garanție necondiționată, nr. M 000046966/31.05.2019, emisă de City Insurance SA cu prima de asigurare plătită cu OP în valoare de 250 lei. Polița de asigurare a fost scanată și depusă în SEAP cu semnătură electronică extinsă. Valoarea garanției de participare este 14.693 lei, valabilă până la data de 30.09.2019. În cadrul poliței de asigurare este înscris la obiectul contractului, achiziția de produse – dotare cu echipamente medicale pentru investiția „....., județul .....” lot nr. 2 – ..... lot nr. 3 - .....

Deoarece din polița de asigurare de garanție necondiționată nr. M 000046966/31.05.2019, emisă de City Insurance SA, rezultă că perioada de asigurare este până la data de 30.09.2019 și nu până la data de 06.09.2019, așa cum a fost solicitat de autoritatea contractantă prin anunțul de participare nr. ..... cât și prin documentul

„Instrucțiuni pentru ofertanți”, au fost solicitate contestatorului clarificări prin adresa nr. 8245/07.06.2019 și adresa nr. 8244/07.06.2019.

În urma solicitărilor de clarificări, contestatorul a răspuns în termenul acordat de comisia de evaluare postând în SEAP în data de 10.06.2019 răspunsul nr. 331/10.06.2019 prin care transmite act adițional nr. 1 din data de 10.06.2019 la contractul de asigurare M nr. 000046966 din data de 28.05.2019, emis de City Insurance SA.

Autoritatea contractantă precizează că decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată contestatorului astfel:

1. pentru lotul nr. 2 prin adresa nr. 11217 din 07.08.2019,
2. pentru lotul nr. 3 prin adresa nr. 11218 din 07.08.2019.

Autoritatea contractantă susține că în conformitate cu dispozițiile art. 132 alin.(3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare a solicitat clarificarea neconcordanței referitoare la îndeplinirea condițiilor de valabilitate a garanției de participare.

De asemenea, reiterează faptul că ofertantul a răspuns în termenul acordat de comisia de evaluare postând în SEAP în data de 10.06.2019 răspunsul nr. 331/10.06.2019 prin care transmite actul adițional nr. 1 din data de 10.06.2019 la contractul de asigurare M nr. 000046966 din data de 28.05.2019, emis de City Insurance SA.

În analizarea răspunsului dat de contestator la solicitarea de clarificări, autoritatea arată că au fost avute în vedere:

- dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016;
- dispozițiile art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016 *„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*”;
- dispozițiile art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016 *„Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire*”;
- dispozițiile art. 36 alin. (4) din HG nr. 395/2016 *„Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte*

documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor (...)";

- dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*";

- dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„ofertă - actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire*";

- dispozițiile art.215 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016 *„oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia"* și *„oferta este considerata neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției*".

De asemenea, arată că în secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare din fișa de date, așa cum a fost clarificat prin postarea în SEAP în data de 07.05.2019 08:43, autoritatea contractantă a solicitat „Garanția de participare se va constitui în *conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016 și va fi valabilă 4 luni (cel puțin egală cu valabilitatea ofertei) de la termenul limită de primire a ofertelor*".

Totodată, în capitolul 3, litera C din „*Instrucțiuni pentru ofertanți*", postat de autoritatea contractantă în SEAP, așa cum a fost clarificat prin postarea în SEAP în data de 07.05.2019 08:43, autoritatea contractantă a solicitat *„Garanția de participare se va constitui în conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016 și va fi valabilă 4 luni (cel puțin egală cu valabilitatea ofertei) de la termenul limită de primire a ofertelor*".

De asemenea, arată că, în secțiunea IV.2.6) din anunțul de participare CN1011018 se precizează clar că *Oferta trebuie să fie valabilă până la: 06.10.2019*.

Autoritatea contractantă invocă și dispozițiile art.123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„(1) Ofertantul elaborează oferta in conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)".*

În același timp arată că dispozițiile art. 123 alin. (2) din HG nr. 395/2016, prevăd: *„Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedura de atribuire care se desfășoară prin intermediul SEAP*".

Autoritatea contractantă arată că din conținutul documentației de atribuire postată în SEAP și anume, documentul intitulat fișa de date, documentul intitulat instrucțiuni către ofertanți, documentul clarificare

din oficiu postată în SEAP în data de 07.05.2019 08:43, rezultă că, printre alte documente se regăsește și garanția de participare.

În consecință, consideră că actul prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu autoritatea contractantă, îl reprezintă și garanția de participare.

Astfel, autoritatea consideră că contestatorul trebuia să constituie garanția de participare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și cu respectarea dispozițiilor art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016 și să posteze în SEAP până la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor, 06.06.2019, instrumentul de garantare, așa cum a solicitat autoritatea contractantă în capitolul 2 din documentul intitulat instrucțiuni către ofertanți cât și în secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare, din fișa de date.

În ceea ce privește răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale valabilității garanției de participare, adresată de comisia de evaluare în temeiul art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că se impun a fi reținute următoarele:

- în conformitate cu art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare va analiza dacă sunt îndeplinite condițiile de formă ale valabilității garanției de participare;

- documentul depus în SEAP și anume Polița de asigurare seria M nr. 000046966, neavând termenul de valabilitate real așa cum a fost solicitat, de necontestat, acesta îndeplinește doar o parte a cerinței autorității contractante și anume faptul că ofertantul a încărcat în SEAP un document care conține poliță de asigurare de garanție și nu un document valabil din punct de vedere al îndeplinirii condițiilor de fond și de formă, deoarece neavând valabilitatea solicitată de autoritatea contractantă, condiția de fond nu este îndeplinită. Simpla atașare a unui document care atestă o plată, un ordin de plată al ofertantului, nu demonstrează constituirea unei garanții de participare în favoarea

autorității contractante, garanție ce trebuie să fie irevocabilă și necondiționată;

- prezentarea de către contestator a *„dovezii constituirii garanției de participare, (...) cel mai târziu la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor, respectiv data de 06.06.2019*”, prin publicarea în SEAP, așa cum a fost impus prin anunțul de participare și prin documentația de atribuire publicate în SEAP, nu demonstrează îndeplinirea cerinței de constituire a garanției de participare pentru lotul nr. 2 și nici pentru lotul nr. 3, deoarece conform art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016, garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire;

- din analiza dispozițiilor exprese din Legea nr. 98/2016 și cele ale HG nr. 395/2016 privitoare la termenul solicitat pentru valabilitatea ofertei și a garanțiilor, se constată că durata acestuia este stabilită exclusiv de autoritatea contractantă și nu de participanții la licitație.

În susținerea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 35 alin. (1), (3) și art. 123 din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă susține că dacă ar fi acceptat documentele de garantare depuse de ofertant la data de 10.06.2019, deci în afara termenului legal stabilit, ar fi creat un avantaj evident în favoarea acestuia și ar fi încălcate prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv: *„(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*”.

De asemenea, susține că nimic nu a oprit ofertantul ca, anterior datei și orei-limită, să încarce în SEAP garanția de participare constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire așa cum impune legiuitorul prin art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă arată că contestatorul înțelege sa-și întemeieze criticile prin invocarea dispozițiilor art. 132 alin.(3) coroborate cu cele ale art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precizând:

- art. 132 alin (3) *„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*”;

- art. 134 alin. (1) *„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum si perioada de timp acordata pentru transmiterea acestora, termenul-limita*

neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia".

Așadar, prin solicitarea de clarificări, comisia de evaluare nu are dreptul de a cere completarea ofertei, ci doar clarificări în sensul de lămurire a unor aspecte prezentate deja în ofertă, precum și completări formale sau de confirmare cu privire, la aspecte prezentate în ofertă.

În acest sens, autoritatea arată că, prin Decizia pronunțată în Cauza C-324/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE, CJUE a statuat că:

„62, În plus, astfel cum Curtea a statuat deja, principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 31 și jurisprudența citată)".

„63, Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 32 și jurisprudența citată)".

„64, În acest scop, revine autorității contractante obligația de a se asigura, printre altele, că cererea de clarificare a unei oferte nu conduce la prezentarea, de către ofertantul în cauză, a ceea ce în realitate ar fi o

nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013,

Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 36)".

În plus, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau

candidații cărora le-a fost adresată (Hotărârea din 10 octombrie 2013,

Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 37).

Având în vedere cele prezentate autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă având ca obiect „. județul .....", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare .....2019, criteriul de atribuire ales fiind: prețul cel mai scăzut.

Oferta depusă de SC ..... SRL a fost respinsă conform adresei comunicare rezultat nr. 11217/07.08.2019 (lotul 2) și nr. 11218/07.08.2019 (lotul 3) ca inacceptabilă, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr.98/2016 deoarece perioada de valabilitate a garanției de participare nu corespunde cerinței din anunțul de participare nr. ...../ 07.05.2019, respectiv să fie egală cu valabilitatea ofertei, adică 06.10.2019.

Procedând la analizarea motivelor care au stat la baza deciziei de respingere, Consiliul reține următoarele:

Modalitatea de depunere a garanției de participare a fost stipulată în mod expres atât în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți intitulate generic „*Fișei de date a achiziției*" la pct. III.1.6.a) „*Garanția de participare*" , cât și în cadrul documentului intitulat „*Instrucțiuni pentru ofertanți*", pct. 2.A conform căreia: ***„Garanția de participare se va constitui în conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016 și va fi valabilă 240 zile (cel puțin egală cu valabilitatea ofertei) de la termenul limită de primire a ofertelor.***

Cuantumul garanției de participare este de până la 1% din valoarea estimată a fiecărui lot”.

De asemenea, relevantă în soluționarea cauzei este și cerința de la pct. IV.2.6) din anunțul de participare unde se precizează în mod expres că: ***„Oferta trebuie să fie valabilă până la 06.10.2019”.***

Se reține în soluționarea cauzei, că SC ..... SRL a constituit garanția de participare prin polița de asigurare seria M nr. 000046966 din 28.05.2019 emisă de CITY INSURANCE SA, în cadrul căreia se menționează că ***„perioada de asigurare – 123 zile de la 31.05.2019 – 30.09.2019”.***

Documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv fișa de date) devine obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă care trebuie să o respecte întocmai.

Constituirea garanției de participare are rolul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător din partea ofertanților pe parcursul procedurilor de atribuire. Obligativitatea constituirii garanției de participare reprezintă garanții stabilite de dispozițiile legale în vederea ocrotirii intereselor autorităților contractante împotriva exercitării abuzive sau cu rea credință a drepturilor și obligațiilor de care beneficiază ofertanții participanți în cadrul unor proceduri de achiziție publică, fiind incidente în acest caz următoarele dispoziții legale:

- art. 35 din HG nr. 395/2016: *„(1) 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.*

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare.

(3) Anunțul de participare/simplificat/de concurs trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare:

a) valoarea, ce nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent;

b) perioada de valabilitate care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire";

- art. 36 din HG nr. 395/2016: *„(1) Garanția de participare 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, în condițiile legii.*

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(...)";

- art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt* ***incomplete sau eronate*** *sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților* ***clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia*** *în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței*";

- art. 132 alin. (3): *„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*".

Modul concret de aplicare a prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 în cazul documentelor aferente garanției de participare se regăsește în cadrul art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 anterior citat, din care rezultă că scopul reglementării în mod expres a posibilității autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la

neconcordanțele întâlnite la garanția de participare depusă de ofertanți este tocmai acela de a oferi șansa operatorilor economici de a lămuri aceste neclarități prin depunerea de înscrisuri care trebuie analizate de membrii comisiei de evaluare cu rigurozitate fără însă să aducă vreun avantaj vreunui operator economic, potrivit prevederilor legale.

Raportat la cele mai sus menționate, Consiliul constată că, la data limită de depunere a ofertelor, SC ..... SRL a constituit garanția de participare în cuantumul stabilit de către autoritatea contractantă însă termenul de valabilitate al acesteia nu este până la 06.10.2019 după cum a solicitat autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire, ci este cu 6 zile mai scurt, respectiv până la data de 30.09.2019.

Pe perioada de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului prin adresa nr. 8245/07.06.2019 și 8244/07.06.2019 (cele două adrese au conținut similar, se referă la loturile 2 și respectiv 3 și au fost depuse la dosarul cauzei în anexa nr. 3 la punctul de vedere cu privire la contestație) următoarele clarificări:

„(...) În conformitate cu dispozițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare că solicită clarificarea neconcordanței referitoare la îndeplinirea condițiilor de valabilitate a garanției de participare.

Prin polița nr. M 000046966/31.05.2019, emisă de City Insurance SA, ați constituit garanția de participare în cadrul prezentei proceduri (...) având valabilitatea de la data de 31.05.2019 până la data de 30.09.2019.

Atât prin anunțul de participare nr. CN1011018 cât și prin documentul „instrucțiuni pentru ofertanți", postat de autoritatea contractantă în SEAP, s-a solicitat ca garanția de participare să fie cel puțin egală cu valabilitatea ofertei.

În secțiunea IV.2.6) din anunțul de participare CN1011018, se precizează clar că „oferta trebuie să fie valabilă până la 06.10.2019".

Vă rugăm să clarificați neconcordanța referitoare la îndeplinirea condițiilor de valabilitate a garanției de participare până la data de 06.10.2019".

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 331/10.06.2019, în anexa căreia a transmis comisiei de evaluare actul adițional nr. 1/10.06.2019 la contractul de asigurare seria M nr. 000047008 din 25.05.2019, prin care se prelungește perioada de valabilitate a poliței de asigurare și a instrumentului de garantare, până la 06.10.2019, inclusiv.

Ulterior, autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului motivat de faptul că garanția de participare constituită de acesta nu are perioada de valabilitate solicitată prin documentația de atribuire.

Ori, Consiliul nu poate reține această motivare deoarece decizia de respingere a ofertei a fost adoptată de către comisia de evaluare fără respectarea prevederile legale în domeniu, respectiv deși a solicitat contestatorului clarificări privind valabilitatea garanției, astfel cum avea obligația conform prevederilor art. 209 alin. (1) coroborat cu art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare nu a procedat și la verificarea concludenței răspunsului transmis de contestator.

Solicitarea informațiilor necesare evaluării ofertelor este dublată de obligația comisiei de verificare a acestora, verificare care are loc pe baza dovezilor prezentate.

În speță prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în ceea ce privește garanția de participare depusă de contestator iar prin răspunsul formulat, SC ..... SRL a răspuns concludent, prelungind cu 6 zile valabilitatea garanției de participare.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a aplicat prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 doar în parte în sensul că a solicitat clarificări prin adresele nr. 8245/07.06.2019 și 8244/07.06.2019 deoarece a constatat neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de valabilitate a garanției de participare, însă nu a acceptat răspunsul prin care contestatorul și-a prelungit cu 6 zile valabilitatea garanției, ci a ales să respingă ca inacceptabilă oferta acestuia, golind astfel de sens atât noțiunea de răspuns concludent/neconcludent cât și prevederile exprese ale art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 care pun în sarcina autorității contractante clarificarea eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia.

Consiliul nu poate reține ca întemeiat motivul de respingere a ofertei contestatorului, având în vedere faptul că legiuitorul permite comisiei de evaluare să clarifice **orice neconcordanță cu privire** la condițiile de formă, cuantumul și **valabilitatea garanției de participare** prezentată de ofertanți, în termenul prevăzut la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În speță, polița de asigurare seria M nr. 000046966 din 28.05.2019 a fost depusă anterior momentului depunerii ofertelor, aceasta producându-și toate efectele iar, ulterior, urmare a solicitării exprese a comisiei de evaluare, SC ..... SRL a remediat eroarea din garanția de participare depusă inițial, prelungit valabilitatea acesteia cu 6 zile astfel cum avea dreptul conform normelor legale anterior citate.

În soluționare, Consiliul nu va reține susținerile autorității contractante conform cărora prin clarificările sale, contestatorul ar fi obținut un avantaj evident (constând, potrivit susținerilor autorității, în transformarea ofertelor contestatorului pentru cele 2 loturi din inacceptabile în oferte admisibile) deoarece declararea ofertei contestatorului ca inacceptabilă nu îndeplinește rigorile prevederilor legale anterior menționate privind clarificarea neconcordanțelor cu privire la garanția de participare depusă de ofertanți ci a fost doar rezultatul interpretării eronate de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind verificarea garanției de participare.

Mai mult, Consiliul reține că respingerea ofertei contestatorului în condițiile în care acesta și-a prelungit cu cele 6 zile valabilitatea garanției de participare nu sunt în concordanță nici cu jurisprudența europeană având în vedere că, în cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg s-a pronunțat în sensul că *„principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite*”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de verificare a documentelor care însoțesc oferta, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. a) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință,

critica contestatorului privind nelegalitatea verificării garanțiilor de participare depuse de către contestator este fondată, urmând să fie admisă.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., va anula raportul procedurii de atribuire, în partea referitoare la loturile 2 și 3 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor pentru loturile 2 și 3 potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 15 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., anulează raportul procedurii de atribuire în partea referitoare la loturile 2 și 3 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor pentru loturile 2 și 3 potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 15 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.