



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de , cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., Cod unic de înregistrare ..., formulată împotriva deciziei de evaluare a ofertelor, emisă de către , cu sediul în str. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată în vederea încheierii contractului de achiziție având ca obiect „”, s-a solicitat *anularea deciziei de declarare a ofertei ... ca fiind inacceptabilă*.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... reclamă decizia autorității contractante, ..., de a declara oferta sa inacceptabilă, solicitând Consiliului să dispună *anularea deciziei de declarare a ofertei ... ca fiind inacceptabilă și reevaluarea ofertei contestatoarei* din punct de vedere al acceptabilității garanției de participare.

În fapt, ...a participat la procedura inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. ...cu termenul de depunere din data 14.10.2016, la care a depus garanția de participare sub forma poliței de Asigurare ... împreună cu declarația privind încadrarea în IMM. Procedura a avut ca prim rezultat publicat în SEAP procesul-verbal de evaluare și lista de participanți din data de 19.10.2016.

Conform acestui proces-verbal oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă deoarece garanția de participare a fost constituită în cuantum de 50% din valoarea solicitată de către autoritatea contractantă (respectiv ... lei), iar legislația care facilitează societățile IMM să beneficieze de o reducere de 50% a fost abrogată în data de

22.09.2016. Astfel comisia de evaluare a invocat art. 228 alin (4) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art 42 alin (2) din HG nr. 394/2016 pentru excluderea sa. Contestatoarea menționează că procesul-verbal este datat 17.10.2016, iar publicarea în SEAP s-a făcut în data de 19.10.2016. Prin urmare, la această dată a luat la cunoștință de faptul că autoritatea a decis excluderea ofertei sale, fără să solicite clarificări conform legislației achizițiilor publice Legea nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016 în care este stipulat că în termen de 3 zile de la data depunerii ofertelor, autoritatea, prin comisia de evaluare, va clarifica cu ofertanții eventualele neconcordanțe cu privire la forma, cuantumul și valabilitatea garanției de participare: *"HG nr. 394/2016 art. 138 (3): în condițiile art. 228 aliniat 4 din lege, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor."*

Contestatoarea susține că a încercat remedierea, conform Legii nr. 101/2016 și a transmis o înștiințare (notificarea nr. 137/20.10.2016) către autoritatea contractantă privind disponibilitatea pentru completarea garanției de participare și motivând că nu a cunoscut modificarea legislativă.

În data de 21.10.2016, prin scrisoarea nr. 139/21.10.2016, contestatoarea precizează că a înaintat către ... plata diferenței de 50% din valoarea garanției de participare prin ordin de plată.

În data de 25.10.2016, autoritatea contractantă a trimis răspunsul său către operatorul economic, prin care preciza că nu va dispune măsuri de remediere, nesolicitând clarificări ofertantului ...SRL.

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului anularea deciziei autorității contractante de a declara oferta ...SRL ca fiind inacceptabilă, precizând că atât ea cât și societatea de asigurări ..., într-adevăr, nu cunoșteau modificarea legislativă 58 din 22.09.2016, dar făcând precizarea că a acționat fără rea voință.

În susținerea celor arătate mai sus, petenta afirmă că deși autoritatea a cunoscut acest fapt încă de la data depunerii, nu a luat măsuri pentru a solicita clarificări conform art. 138 din HG nr. 394/2016 și conform datei procesului-verbal, respectiv 17.10.2016, ci a așteptat până în data de 19.10.2016 pentru a publica procesul-verbal și pentru a exclude operatorul economic, fapt pentru care consideră că intenția autorității a fost de la bun început aceea de a-l exclude, fără a-i oferi șanse egale.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ...- ..., solicitând punctul de vedere cu privire la contestație și documente relevante din dosarul achiziției publice.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație și documentele relevante în soluționarea cauzei atașat adresei nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr... din ..., prin care solicită Consiliului respingerea contestației ca inadmisibilă și nefondată. În

punctul de vedere înaintat Consiliului, ca urmare a analizării contestației depuse, autoritatea contractantă a învederat Consiliului următoarele: ... SA a organizat „procedura simplificată într-o singură etapă” în vederea încheierii contractului de achiziție sectorială având drept obiect «...», prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. “...”.

Au depus oferte în termenul limită, patru operatori economici, respectiv:

- SC ...SA;
- SC ... SRL;
- Asocierea SC ...-... SRL: formată din SC ... S.R.L - LIDER ASOCIERE și ... SRL - ASOCIAT;
- SC ...-

În Fișa de date, pct. III.1.1 s-au precizat următoarele: „*Garanția de participare este 2% din valoarea maximă estimată, respectiv ... lei, cu o valabilitate de 120 zile de la termenul limită de primire a ofertelor. În cazul depunerii de oferte în asociere, garanția de participare se constituie în numele asocierii și va acoperi în mod solidar toți membrii grup de operatori economici. Garanția de participare se va constitui în conformitate cu art. 42 alin. (1) - (4) din HG nr. 394/2016 respectiv: instrument de garantare, emis conform legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, în favoarea entității contractante sau virament bancar (ordin de plată) utilizând unul din conturile:*

Instrumentul de garantare trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

- să conțină clar denumirea entității contractante în favoarea căreia s-a constituit;
- să facă referire la procedură;
- **să fie constituită în cuantumul sumei solicitate;**
- să aibă valabilitatea pentru care a fost constituită;
- să prevadă modul de execuție a plății garanției;
- să conțină parafa lizibilă a instituției emitente și/sau semnătură autorizată.

.....

Garanția de participare se depune în SEAP în copie scanată și se transmite în original cu scrisoare de înaintare, la sediul ... SA ..., ...până la data limită de depunere a ofertelor conform anunțului simplificat de participare. Echivalentul în lei/valută pentru o garanție de participare depusă în altă valută se va face la cursul stabilit de BNR valabil pentru data corespunzătoare, cu 5 zile înainte de data limită stabilită pentru depunerea ofertelor (nu se va lua în calcul data deschiderii ofertelor)”.

În urma analizei garanțiilor de participare în vederea atribuirii contractului, comisia de evaluare a constatat că petenta a depus și constituit garanția de participare în valoare de ... lei, precizând că este IMM și depunând declarația de IMM.

Având în vedere prevederile art. 1 din OUG nr. 58/2016 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra domeniului achizițiilor publicată la data de 22.09.2016 în M.O. nr. 738, prin care se abrogă prevederile art 16 alin. (2) din Legea nr. 346/2004

referitoare la dreptul IMM-urilor de a beneficia de reducerea cuantumului garanției de participare și bună execuție cu 50 % și că data publicării anunțului este 28.09.2016, comisia de evaluare a decis: respingerea ofertei depusă de SC ...-... ca fiind INACCEPTABILĂ în baza art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu prevederile art. 42 alin. (2) și alin. (7) din HG nr. 394/2016 respectiv nu îndeplinește condițiile de formă din documentația de atribuire cu privire la cuantumul garanției de participare.

În opinia autorității, justificarea deciziei de respingere a ofertei depusă de contestatoare este:

- ofertantul nu a depus garanția de participare conform cerințelor din fișa de date pct. III.1.1;
- în fișa de date nu s-a specificat ca IMM-urile beneficiază de reducerea cu 50% a garanției de participare;
- în fișa de date la același pct. se specifică că, dovada garanției de participare se transmite până la data limită de depunere a ofertei, conform art. 42 alin. (7) din HG "99"/2016;
- până la data limită de depunere a ofertelor, ...nu a solicitat clarificări cu privire la cuantumul garanției de participare;
- în data de 20.10.2016 a transmis către autoritate adresele nr. 137 și 139, prin care anunță constituirea diferenței de sumă a garanției de participare și solicită comisiei de evaluare acceptarea acesteia.

Autoritatea afirmă că solicitarea nu este întemeiată deoarece nu respectă prevederile legale și ar duce la încălcarea din partea entității contractante a prevederilor art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Față de afirmația contestatoarei, care precizează că autoritatea trebuia să solicite clarificări cu privire la cuantum, aceasta apreciază că este în contradicție cu prevederile art. 42 alin (2) și alin (7) din HG nr. 394/2016, conform cărora garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute prin documentația de atribuire, precizând că prin solicitare de clarificări ar fi avantajat acest ofertant în detrimentul celorlalți.

În lumina celor arătate anterior comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei depusă de SC ...SRL ca fiind INACCEPTABILĂ în baza art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu prevederile art. 42 alin. (2) și alin. (7) din HG nr. 394/2016, respectiv nu îndeplinește condițiile de formă din documentația de atribuire cu privire la cuantumul garanției de participare.

În data de 19.10.2016 prin comunicarea nr. 589 ofertantul SC ...-... a fost informat cu privire la hotărârea luată de comisia de evaluare și anume „respingerea ofertei depuse ca fiind INACCEPTABILĂ, comunicare care a fost postată în SEAP.

Față de cele menționate mai sus autoritatea contractantă, consideră contestația depusă de SC ...SRL ca fiind inadmisibilă deoarece:

- ofertantul economic nu a notificat în prealabil entitatea contractantă cu privire la solicitările sale, conform prevederilor art. 6 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, pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

- ofertantul nu poate invoca necunoașterea abrogării art. 16 din Legea nr. 346/2004, deoarece intrarea în vigoare a unei legi este guvernată de principiul: „*nemo censetur ignorare legem*”, care înseamnă că „*nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii*”, având în vedere că ofertantul are calitatea de IMM, calitate conferită de o Lege în baza căreia beneficia de anumite drepturi, lege pe care trebuia să o cunoască, indiferent de situație.
- ofertantul nu a respectat prevederile art. 42 alin. (2) și alin (7) din HG nr. 394/2016, conform cărora garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

Față de cele mai sus menționate autoritatea contractantă solicită Consiliului, respingerea contestației ca inadmisibilă și nefondată.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „...”, ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ... din ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Cu ocazia vizionării celor patru oferte depuse, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. ..., în care a consemnat respingerea ofertei contestatoarei pentru neconstituirea garanției de participare în cuantumul solicitat prin documentația de atribuire. Nemulțumită de rezultatul parțial al evaluării ofertei sale (ce i-a fost comunicat prin adresa nr. ... din ...), ... a formulat prezenta contestație, solicitând *anularea deciziei de declarare a ofertei ... ca fiind inacceptabilă*.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu. Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, împreună cu clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către autoritatea contractantă a excepției inadmisibilității contestației formulate de ..., apreciind că autoarea contestației nu a notificat-o conform prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, Consiliul

este ținut să analizeze cu precădere excepțiile. Referitor la excepția inadmisibilității contestației, Consiliul constată netemeinicia acesteia.

Din analiza documentelor existente în dosarul cauzei, Consiliul constată că în data de 20.10.2016 prin adresa nr. 137, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1361/21.10.2016, contestatoarea a adus la cunoștință autorității contractante că, în conformitate cu prevederile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016 se angajează să achite în regim de urgență diferența garanției de participare până la cuantumul precizat în documentația de atribuire. De asemenea, precizează că așteaptă confirmarea autorității contractante pentru plata diferenței garanției de participare.

Obiectul contestației de față este tot neaplicarea de către autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor, a prevederilor art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016, respectiv nesolicitarea de clarificări privind remedierea cuantumului garanției de participare.

Prin urmare, chiar dacă adresa nr. ... nu este intitulată notificare prealabilă, ea are același obiect ca și contestația, respectiv acceptarea completării garanției de participare în maxim trei zile lucrătoare de la data de depunere a ofertelor, motiv pentru care Consiliul apreciază că îndeplinește elementele constitutive ale unei notificări prealabile.

În stabilirea legalității respingerii ofertei contestatoarei, Consiliul este ținut de a analiza motivele avute în vedere de autoritatea contractantă. Astfel, prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei respingerea ofertei sale ca inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu prevederile art. 42 alin. (2) din HG nr. 394/2016 respectiv nu îndeplinește condițiile de formă din documentația de atribuire cu privire la cuantumul garanției de participare.

Criticile contestatoarei formulate împotriva respingerii ofertei sale ca inacceptabilă pentru neconstituirea garanției de participare în cuantumul stabilit prin documentația de atribuire, sunt considerate de Consiliu întemeiate. În conformitate cu prevederile art. 129 din HG nr. 394/2016, *(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.*

De asemenea, dispozițiile art. 42 din aceeași hotărâre de guvern prevăd: *(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori 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.

(4) Instrumentul de garantare trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei

garantate, și se prezintă autorității contractante în original, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor.

În conformitate cu prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, **Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției.**

Relevante în speța de față sunt dispozițiile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016 care prevăd: **În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor.**

Prin fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.a) "Garanție de participare", autoritatea contractantă a precizat:

Da

2% din val. est., respectiv ... lei. Val. gp: 120 zile de la termenul limita de primire a ofertelor. În cazul depunerii de oferte în asociere gp se constit. în numele asoc. și va acoperi în mod solidar toți membrii grup de o.p ec. Mod. de constit. a gp va fi în conf cu art. 42 alin. (1) - (4) din HG nr. 394/2016: instrument de garantare, emis conf. legii de o soc. bancară ori de o soc. de asigurări, în favoarea entității contractante sau virament bancar (ordin de plată) utilizând unul din conturile: ...

Instrumentul de garantare trebuie:

- să conțină clar denumirea entității contractante în favoarea căreia s-a constituit;

- să facă ref. la procedură;

- să fie const. în cuantumul sumei solicitate;

- să aibă valab. pentru care a fost constituită;

- să prevadă modul de execuție a plății garanției;

- să conțină parafa lizibilă a instituției emitente și/sau semnatura autorizată.

- Gp emisă în altă limbă decât limba română va fi prezentată în original și va fi însoțită de traducerea autorizată și legalizată în limba română. Gp se depune în SEAP în copie scanată și se transmite în original cu scrisoare de înaintare, la sediul CN ... SA, ..., până la data limită de depunere a ofertelor conform anunțului simplificat de participare. Echivalentul în lei/valută pentru o garanție de participare depusă în altă valută se va face la cursul stabilit de BNR valabil pentru data corespunzătoare, cu 5 zile înainte de data limită stabilită pentru depunerea ofertelor (nu se va lua în calcul data deschiderii ofertelor.) Condițiile de reținere conform art. 43, HG 394/2016. Condițiile de restituire conform art. 44 HG 394/2016.

Conform procesului-verbal nr. ..., contestatoarea a depus garanția de participare sub formă de poliță de asigurare nr. ... emisă de ... în cuantumul de ... lei însoțită de declarația de IMM.

Autoritatea contractantă a publicat în SEAP procesul-verbal nr. ... de analiză a garanțiilor de participare în data de 19.10.2016 și, tot în data de 19.10.2016 a comunicat contestatoarei prin intermediul SEAP că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu prevederile art. 42 alin. (2) din HG nr. 394/2016 respectiv, pentru că nu îndeplinește condițiile de formă din documentația de atribuire cu privire la cuantumul garanției de participare.

În data de ..., prin adresa nr. ..., contestatoarea notifică autoritatea contractantă cu privire la respingerea ofertei sale și invocă prevederile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016 în vederea acceptării plății diferenței garanției de participare în regim de urgență.

De asemenea, prin adresa nr. ..., contestatoarea transmite autorității contractante ordinul de plată emis de ... în data de 21.10.2016 în valoare de ... lei, ordin de plată ce se regăsește în extrasul de cont din data de 24.10.2016 prezentat de autoritatea contractantă (banii au intrat în contul autorității contractante în data de 21.10.2016).

Având în vedere dispozițiile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016 mai sus redat, care prevăd posibilitatea corectării eventualelor *neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, inclusiv cele privind **cuantumul** și valabilitatea în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor*, Consiliul constată că autoritatea contractantă în mod eronat a respins oferta contestatoarei fără ai solicita acesteia corectarea cuantumului garanției de participare.

Autoritatea contractantă trebuia să-i solicite contestatoarei corectarea garanției de participare cu privire la cuantumul solicitat prin documentația de atribuire în maxim trei zile lucrătoare de la data depunerii ofertelor și doar în situația în care aceasta refuza completarea cuantumului garanției de participare putea să o respingă ca inacceptabilă.

În condițiile în care contestatoarea a completat garanția de participare cu diferența de ... lei în data de ..., autoritatea contractantă trebuia să accepte oferta contestatoarei pentru etapa de evaluare.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu .

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu și anulează procesul-verbal de evaluare nr. ... și procesul verbal intermediar nr. 2 (cu nr. de înregistrare ...) în partea ce privește oferta ... și adresele de comunicare parțială a evaluării.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei prezentate de ..., în termen de 15 zile de la primirea deciziei cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

Redactată în patru exemplare, conține 9 pagini.