CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr.ACZ149/C/30.01.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr…., formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în …, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr…., având CUI RO…, reprezentată legal de administrator …, în calitate de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L., împotriva comunicării publicate în SEAP la data de 10.01.2018, la secțiunea „Întrebări”, privind pierderea calității de participant la procedură de la data restituirii garanției de participare, emise de către …, cu sediul în București, …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, online, a contractului de servicii având ca obiect *„…”*, cod CPV: 79311400-1– Servicii de cercetare economică (Rev.2) și 79419000-4- Servicii de consultanță în domeniul evaluării (Rev.2), s-a solicitat:

„1. Anularea comunicării publicate în SEAP de Autoritatea Contractantă în data de 10/01/2018, la secțiunea "întrebări", la nivelul contului operatorului economic SC ... SRL;

2. Confirmarea primirii și reconstituirii corecte a garanției de participare plătită de Asocierea SC ... SRL & … SRL & … SRL pentru procedura de achiziție publică anunț de participare SEAP nr. … din …;

3. Confirmarea menținerii calității de ofertant a Asocierii SC ... SRL & … SRL & … SRL în cadrul procedurii de achiziție publică anunț de participare SEAP nr. … din …”.

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

Prin contestația nr. ACZ149/C/30.01.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al în calitate de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L., critică comunicarea publicată în SEAP la data de 10.01.2018, la secțiunea „Întrebări”, privind pierderea calității de participant la procedură de la data restituirii garanției de participare, emisă de către …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă, desfășurată online, pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect *„…”*, cod CPV: 79311400-1– Servicii de cercetare economică (Rev.2) și 79419000-4- Servicii de consultanță în domeniul evaluării (Rev.2), solicitând:

„1. Anularea comunicării publicate în SEAP de Autoritatea Contractantă în data de 10/01/2018, la secțiunea "întrebări", la nivelul contului operatorului economic SC ... SRL;

2. Confirmarea primirii și reconstituirii corecte a garanției de participare plătită de Asocierea SC ... SRL & … SRL & … SRL pentru procedura de achiziție publică anunț de participare SEAP nr. … din …;

3. Confirmarea menținerii calității de ofertant a Asocierii SC ... SRL & … SRL & … SRL în cadrul procedurii de achiziție publică anunț de participare SEAP nr. … din …”.

În motivare, contestatoarea susține că a urmat procedura prevăzută de art. 6 alin. 1 lit. b din Legea nr.101/2016, dar notificarea sa prealabilă nr. 5703/17.01.2018 nu a primit un răspuns din partea autorității contractante.

Prezentând situația de fapt, contestatoarea arată că, în data de 15.09.2017, prin intermediul SEAP, a depus ofertă, iar în data de 18.09.2017, se regăsea pe lista ofertanților participanți publicată de către autoritatea contractantă.

De asemenea, menționează că, urmare a adresei nr. 144892/24.11.2017, prin care autoritatea contractantă l-a înștiințat că a dispus anularea procedurii de atribuire, prin adresa nr. ACZ1744/C/ 27.11.2017, a solicitat restituirea garanției de participare, iar prin OP nr. 2942/12.12.2017, … i-a restituit garanția de participare, deși raportul de anulare a procedurii de atribuire, care a fundamentat solicitarea de restituire a garanției de participare, era obiectul unei contestații pe rolul C.N.S.C.

Contestatoarea precizează că, în data de 05.01.2018, autoritatea contractantă a publicat în SEAP Decizia C.N.S.C. nr. … din data de …, prin care a fost anulat raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente acestuia, fiind reluat procesul de evaluare a ofertelor depuse, sens în care apreciază că adresa nr. 144892/24.11.2017, prin

care i-a fost comunicată măsura anulării procedurii, este un act subsecvent, condiționat și subordonat validității raportului procedurii de atribuire, iar adresa sa nr. ACZ1744/C/ 27.11.2017 rămâne fără obiect și este implicit invalidată. În opinia sa, chiar și restituirea garanției către asociere este un act subsecvent anulării procedurii de atribuire.

Ca urmare a Deciziei C.N.S.C. nr. … din data de …, susține contestatoarea, în data de 05.01.2018, Asocierea S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L. a reconstituit garanția de participare la licitație, în cuantumul și forma stabilite prin documentația de atribuire, dar neavând posibilitatea tehnică de a încărca în SEAP documentul justificativ, respectiv ordinul de plată, prin adresa nr. ACZ39/C/08.01.2018, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1402/08.01.2018, a înaintat originalul documentului și a solicitat confirmarea menținerii calității de ofertant.

Subliniind faptul că a reconstituit garanția de participare imediat după publicarea în SEAP a deciziei C.N.S.C. antemenționate, contestatoarea apreciază astfel că „a fost pusă la dispoziția autorității contractante pentru fiecare zi formală de desfășurare a procesului de evaluare a ofertelor”.

În aceeași ordine de idei, contestatoarea precizează că, în data de 10.01.2018, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la secțiunea „întrebări” comunicarea conform căreia, de la data restituirii garanției de participare, Asocierea S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L. și-a pierdut calitatea de participant la procedura de achiziție publică, nefiind posibilă reintroducerea în procedura de achiziție a ofertei asocierii întrucât acest fapt ar conduce la nerespectarea prevederilor art. 3 alin. (1) lit. gg) și h) din Legea nr. 98/2016, respectiv cele ale art. 35, alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Prezentând motivele pentru care consideră „ilegitimă” și o încălcare a „principiului nediscriminării participanților” pierderea calității de ofertant, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a procedat la restituirea garanției de participare în data de 12.12.2017, deși raportul de anulare a procedurii de achiziție, care a fundamentat solicitarea de restituire a garanției de participare, era obiectul unei contestații pe rolul C.N.S.C., sens în care invocă prevederile art. 38 din H.G. nr. 395/2016, susținând că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 38 alin. (4) din același act normativ.

Referindu-se la termenul prevăzut la art. 38 alin. 4 din H.G. nr. 395/2016, precum și la dispozițiile art. 36 din același act normativ, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a ales o interpretare diferită a acestui articol, având în vedere respectarea principiilor general valabile la nivelul procedurilor de achiziție publică, iar conform art. 2 alin. 2 din Legea nr.98/2016, respectiv nediscriminarea și tratamentul egal al operatorilor economici participanți în cadrul procedurii de achiziție publică, instituția ar fi trebuit să restituie garanția

de participare pentru toți operatorii economici care au depus oferte în cadrul acestei proceduri de achiziție publică.

Suplimentar, contestatoarea arată că cererea sa privind restituirea garanției a fost exprimată în cadrul juridic deja menționat și nu poate fi interpretată în mod diferit, iar cerința prevăzută la art. 36 alin. 3 din H.G. nr. 395/2016, referitoare la irevocabilitatea garanției de participare, este îndeplinită de asociere prin constituirea garanției de participare printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii, respectiv prin virament bancar în contul …, anterior termenului limită de depunere a ofertelor.

De asemenea, precizează că a depus adresa nr. ACZ1744/C/ 27.11.2017, privind restituirea garanției de participare pornind de la premisa că alin. 4 al art. 38 din H.G. nr. 395/2016 „va fi citit și interpretat în mod logic, de către Autoritatea Contractantă", cererea având „rolul de a solicita restituirea rapidă a garanției de participare odată ce condițiile prevăzute de lege ar fi fost îndeplinite (dacă anularea procedurii devenea definitivă și ireversibilă".

Contestatoarea susține că, prin neacceptarea restituirii garanției pe care a constituit-o, autoritatea contractantă încalcă obligația impusă prin decizia C.N.S.C., potrivit căreia raportul de anulare a procedurii și toate actele subsecvente acestuia ar trebui să fie anulate. Anularea raportului privind anularea procedurii de atribuire, prin decizia emisă de C.N.S.C., în opinia sa, elimină orice temei juridic legitim pentru restituirea garanției, subliniază contestatoarea, considerând că, dacă nu este anulată, decizia de restituire a garanției sale de participare rămâne ilegală, deoarece nu există o bază legală care să permită autorității contractante restituirea unei garanții de participare în timp ce o procedură de achiziție publică este în curs de desfășurare.

Referindu-se la temeiul de drept, contestatoarea apreciază că, prin restituirea garanției de participare și respingerea redepunerii acesteia, autoritatea contractantă a încălcat următoarele prevederi legale:

- art. 38, alin. 4 din H.G. nr. 395/2016;
- art. 2, alin. 2 din Legea nr. 98/2016;
- art. 28, alin.1 din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, cele ale Legii nr. 98/2016, precum și cele ale H.G. nr. 395/2016.

Prin punctul de vedere nr.13471/05.02.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr…., … a solicitat respingerea contestației, ca nefondată.

În motivare, referindu-se la solicitarea contestatoarei privind „confirmarea menținerii calității de ofertant în cadrul procedurii de achiziție", autoritatea contractantă consideră că, de la data restituirii garanției de participare, aceasta și-a pierdut calitatea de participantă la procedura de achiziție publică și nu are un temei legal de a reintroduce în procedura de achiziție Asocierea S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L.

Totodată, precizează autoritatea contractantă, este lipsită de relevanță, fiind împotriva prevederilor legale, reconstituirea garanției de participare după ce aceasta a fost retrasă.

Menționând faptul că societatea contestatoare nu a recurs la exercitarea căilor de atac împotriva adresei nr. 144892/24.11.2017 privind comunicarea rezultatului achiziției, autoritatea contractantă consideră tardivă contestația.

În concluzie, … apreciază că, în mod corect, a luat decizia de a nu reintroduce în procedura de achiziție Asocierea S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L. după reconstituirea garanției de participare prin ordin de plată, întrucât nu sunt respectate prevederile art. 3 alin. 1 lit. gg și hh din Legea nr. 98/2016, respectiv cele ale art. 35 alin. 1 din H.G. nr. 395/2016.

Ca temei legal, a invocat prevederile Legii nr. 98/2016, ale H.G. nr. 395/2016, precum și cele ale Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice emise ulterior pronunțării Deciziei C.N.S.C. nr. ….

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

…, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, online, a contractului de servicii având ca obiect *„…”*, cod CPV: 79311400-1– Servicii de cercetare economică (Rev.2) și 79419000-4- Servicii de consultanță în domeniul evaluării (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr…..

Valoarea estimată a contractului este de … lei, iar criteriul de atribuire este „…”.

Au fost depuse 3 oferte, care au fost vizualizate în SEAP la data de 18.09.2017, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.2115.

Prin raportul procedurii de atribuire nr. 74790/OPC/22.11.2017, s-a decis anularea procedurii de atribuire în temeiul art.212 alin. 1 lit. c și art. 211 lit. b din Legea nr. 98/2016.

Într-o primă etapă, împotriva deciziei de anulare a procedurii de atribuire, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, … a depus contestația ce a fost soluționată de către C.N.S.C. prin Decizia nr. …, după cum urmează: *„(...) Admite contestația formulată de către …, (...), în contradictoriu cu …, anulează raportul procedurii de atribuire în partea referitoare la decizia de anulare a procedurii de atribuire și actele subsecvente acestuia.*

Obligatorie.

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

În executarea dispozitivului deciziei C.N.S.C. antemenționate, în Procesul verbal intermediar 1, înregistrat la instituție sub nr. 2191/ 10.01.2018, … a consemnat faptul că a analizat solicitarea Asocierii S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L. privind confirmarea menținerii

calității de ofertant în cadrul procedurii de achiziție și a constatat că aceasta și-a pierdut calitatea de participant la procedura de achiziție publică, precum și faptul că nu poate reintroduce în procedura de achiziție Asocierea, deoarece nu sunt respectate prevederile art. 3 alin.1 lit. gg și hh din Legea nr. 98/2016, respectiv cele ale art. 35 alin. 1 din H.G. nr. 395/ 2016.

Cele consemnate în acest proces verbal i-au fost comunicate contestatoarei, prin intermediul SEAP, la data de 10.01.2018.

Împotriva acestui răspuns postat în SEAP, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al ASOCIERII S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L., a formulat contestația ce formează obiectul prezentului dosar.

În considerarea art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: *„Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", Consiliul are în vedere excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, pe care o respinge ca neîntemeiată.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că actul atacat, la care se raportează contestatoarea, este comunicarea postată pe SEAP de către autoritate, în data de 10.01.2018, prin care a fost informată că și-a pierdut calitatea de participantă la procedura de atribuire. Astfel, în data de *17.01.2018,* Asocierea S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L. a înaintat autorității contractante notificarea prealabilă nr. ACZ 89/C/17.01.2018, cu respectarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind înregistrată la sediul acesteia din urmă cu nr. 6703/17.01.2018.

La această notificare, autoritatea a ales să nu răspundă, astfel că asocierea contestatoare a formulat contestația în analiză cu respectarea dispozițiilor art. 8 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, care stabilesc: *„Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează: (...) b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns*".

Prin urmare, față de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că asocierea contestatoare a respectat termenul legal de 10 zile de formulare a contestaţiei, având în vedere că, în data de *30.01.2018* aceasta a transmis contestația către autoritatea contractantă și Consiliu (conform documentelor existente la dosarul cauzei).

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

Nemulțumirea contestatoarei vizează modul în care s-a decis că asocierea sa a pierdut calitatea de participant la procedura de achiziție publică în cauză, considerând că autoritatea contractantă nu a respectat

dispozițiile art. 38 alin. (4) din HG nr. 395/2016, art. (2) alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Respingând excepția de mai sus, Consiliul va analiza pe fond criticile contestatoarei. Astfel, verificând dosarul cauzei, Consiliul reține că, prin adresa nr. ACZ1744/C/27.11.2017, S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L., a solicitat autorității contractante următoarele: *„Având în vedere scrisoare dvs. nr. 144892/ 24.11.2017, privind anularea procedurii de licitație deschisă (...), vă solicităm restituirea garanției de participare la licitație* (...)".

Potrivit afirmațiilor asocierii contestatoare, care se regăsesc atât în notificarea prealabilă, cât și în cadrul contestației, în data de 12.12.2017, prin *„OP 2942, … a restituit Asocierii ... & … SRL & … SRL garanția de participare*".

Față de cele prezentate anterior, Consiliul nu reține ca fiind întemeiate susținerile contestatoarei potrivit cărora, odată cu dispoziția de anulare a raportului procedurii nr. 74790/OPC/22.11.2017 (prin care s-a stabilit anularea procedurii de atribuire în cauză) și a actelor subsecvente lui (inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 144892/24.11.2017), dispusă prin Decizia CNSC nr. …, s-ar fi anulat, implicit, și „restituirea garanției către consorțiul său", pe motiv că acesta ar constitui un act subsecvent anulării procedurii.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că cererea de restituire a cuantumului acestei garanții de participare a fost un demers asumat de către asocierea contestatoare, în sensul dispozițiilor art. 38 alin. (5) din HG nr. 395/2016, care stabilesc: *„După primirea comunicării prevăzute la art. 215 din Lege, ofertanţii ale căror oferte au fost declarate necâştigătoare au dreptul de a obţine eliberarea garanţiei de participare înainte de expirarea perioadei prevăzute la alin. (3), dacă transmit autorităţii contractante o solicitare în acest sens. Autoritatea contractantă are obligaţia de a restitui garanţia de participare în cel mult 3 zile lucrătoare de la primirea unei solicitări în acest sens",* autoritatea contractantă conformându-se acestei norme legale.

Prin urmare, nu se poate face vorbire de incidența alin. (4) al articolului de mai sus, conform căruia: *„În cazul în care autoritatea contractantă se află, conform prevederilor art. 212 alin. (1) sau art. 213 din Lege, în situaţia de a anula procedura de atribuire, garanţia de participare se restituie după data expirării termenului de depunere a unei contestaţii cu privire la această decizie, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la această dată",* deoarece rambursarea sumei aferentă garanției de participare a fost efectuată, de către autoritate, doar la cererea expresă a petentei și nu ca urmare a incidenței dispozițiilor art. 212 alin. (1) sau art. 213 din Legea nr. 98/2016.

Or, raportat la prevederile art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016, conform cărora: *„Garanţia de participare reprezintă un instrument*

aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorităţii contractante faţă de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire", este evident că, prin alegerea făcută de a solicita autorității contractante restituirea garanției de participare, oferta asocierii contestatoare, nemaifiind însoțită de această garanție, nu mai poate fi considerată valabilă, astfel că Asocierea SC ... SRL & … SRL & … SRL și-a pierdut calitatea de ofertant în sensul dispozițiilor art. 3 alin. gg) din Legea nr. 98/2016, care stabilesc definiția ofertantului ca fiind *„orice operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire",* asocierea nemaifiind implicată în această procedură.

În concluzie, nici Consiliul și nici autoritatea contractantă nu pot lua în considerare constituirea unei noi garanții de participare pe care asocierea contestatoare ar fi reconstituit-o în data de 05.01.2018, ca urmare a Deciziei CNSC nr. …, potrivit afirmațiilor acestei din urmă, deoarece art. 36 alin. (7) din HG nr. 395/2016, stabilește foarte clar: *„În orice situaţie, dovada constituirii garanţiei de participare trebuie să fie prezentată în original cel mai târziu la data şi ora-limită de depunere a ofertelor."*

Or, situația descrisă de contestatoare nu doar că nu se regăsește în norma legală citată mai sus, dar în legislația, în vigoare, din domeniul achizițiilor publice nu există nicio prevedere care să deroge de la textul enunțat, astfel încât asocierea contestatoare să fie repusă în dreptul de a fi considerată participant la procedură.

Mai mult, Consiliul are în vedere faptul că asocierea contestatoare a cunoscut hotărârea de anulare a procedurii de atribuire emisă de autoritatea contractantă încă din data de 24.11.2017, prin adresa nr. 144892/24.11.2017, și nu a reacționat în sensul formulării unei contestații asupra ei (urmând calea procedurală) astfel încât să-și exprime nemulțumirea referitoare la acest rezultat, ci a ales să ceară autorității garanția de participare, pierzându-și, în mod evident, statutul de ofertant al acestei proceduri. Astfel că, orice demers de a constitui o nouă garanție de participare, ulterior Deciziei CNSC nr. …, nu este în concordanță cu legislația achizițiilor publice, pe acest aspect.

În concluzie, autoritatea contractantă, respectând dispozițiile art. 36 alin. (2)-(3) și art 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în mod corect, a stabilit că Asocierea ... & … SRL & … SR și-a pierdut calitatea de participant la procedura de atribuire în cauză, petenta fiind cea care a avut inițiativa de a-și revoca (retrage) garanția de participare.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL & … SRL & … SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ….

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității depunerii contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în …, în calitate de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. & … S.R.L. & … S.R.L., în contradictoriu cu …, cu sediul în București, ….

Obligatorie.

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

Președinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

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