C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. 1057/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii cuprins în adresa nr. 7626/20.03....., stabilit de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect „Mănuși examinare”, inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului anularea rezultatului, anularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente lui, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, iar în cazul imposibilității remedierii procedurii, anularea ei.

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

Prin contestația nr. 1057/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., ... SRL atacă rezultatul procedurii amintite, stabilit de ..... (în calitate de autoritate contractantă), potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, conform art. 132 alin. (3) și art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, întrucât scrisoarea de garanție bancară depusă în SEAP nu i-ar aparține, coroborat cu nerespectarea termenului de răspuns la solicitarea de

clarificare, decizie considerată de nelegală și neîntemeiată, de autoarea contestației.

Contestatoarea supune atenției că, în cadrul procedurii, a depus scrisoarea de garanție bancară nr. GI-18/6323 emisă de ING BANK la data de 12.12.2018, pe numele .., la care autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la acest aspect. Prin răspuns, a învederat că scrisoarea de garanție bancară este valabilă, având în vedere faptul că ..... SRL este aceeași societate cu ..., schimbându-se doar denumirea societății și sediul acesteia. Prin urmare, numărul de înregistrare de la Registrul Comerțului și Codul Unic de Identificare fiscală, au rămas neschimbate, conform certificatului de înregistrare seria B nr. 3425905, emis la 18.12.2018 de ORCTB, iar toate drepturile și obligațiile ... au fost preluate de ..... SRL, inclusiv scrisorile de garanție.

De asemenea, a mai precizat în cadrul răspunsului că toate aceste modificări au fost prezentate în cadrul propunerii tehnice la care s-au anexat actele emise de Registrul Comerțului privind schimbarea denumirii și sediul social, inclusiv decizia asociatului unic privind schimbarea denumirii și sediul societății.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Mai precizează contestatoarea că, ulterior prezentării acestor informații, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 318/15.01....., i-a solicitat documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de carificare și selecție în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, fără a mai menționa aspecte legate de scrisoarea de garanție bancară.

Or, din moment ce i-au fost solicitate documente justificative DUAE, petenta a apreciat că au fost însușite de către autoritatea contractantă argumentele cu privire la scrisoarea de garanție bancară. În cazul în care s-ar fi apreciat că nu erau îndeplinite condițiile de calificare, oferta sa trebuia declarată inacceptabilă, însă, prin solicitarea de documente justificative DUAE, autoritatea contractantă a încălcat legea și a viciat grav procedura, întrucât a acceptat un operator economic care nu a depus o garanție de participare validă.

Concluzionând, petenta apreciază că nu se poate reține caracterul inacceptabil al ofertei sale, de vreme ce, prin răspunsul său, nr. 6048/28.12.2018 (adică, în termen) a răspuns la solicitarea privind scrisoarea de garanţie bancară, iar autoritatea contractantă se afla și în posesia tuturor documentelor emise de Registrul Comerţului în legătură cu schimbarea denumirii și sediului societății, aceste documente fiind anexate în ofertă.

În ceea ce priveşte netransmiterea la timp a răspunsului privind solicitarea de documente justificative DUAE (solicitarea nr.

318/15.01.....), contestatoarea menționează că acest aspect a fost clarificat cu adresa nr. 383/01.02....., prin invocarea caracterului ilegal al solicitării respective, odată cu care a comunicat autorităţii contractante toate actele solicitate.

Or, în opinia contestatoarei nu există nici o motivație pentru a se solicita documentele justificative DUAE, având în vedere faptul că prevederile legale în vigoare, precum și prevederile explicite din anunțul de participare simplificat (Secţiunea *III 1.1 Capacitatea de exercitare a activității profesionale* aliniatul 2 "Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea formularului DUAE trebuie prezentate, doar la solicitarea autorității contractante, numai de ofertanții clasaţi pe primele trei locuri la finalizare evaluării ofertelor), condiţionează solicitarea documentelor de clasarea ofertantului pe primele trei locuri și finalizarea evaluării ofertelor").

Revenind la solicitarea documentelor DUAE, contestatoarea apreciază că sunt incidente prevederile art. 197 alin. (1) și alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv faptul că nu avea obligația de a prezenta documentele solicitate de autoritatea contractantă, întrucât aceasta avea acces, în mod gratuit, la toate informațiile solicitate și/sau se afla deja în posesia acestora (certificatul constatator emis de ONRC transmis prin adresa 6048/28.12.2018), documentul de conformitate produs (transmis în cadrul ofertei tehnice), certificatul de cazier fiscal și certificatele constatatoare privind lipsa datoriilor la buget precum și declaraţia privind lipsa datoriilor cu privire la plata impozitelor, declaraţia privind neîncadrarea în situatiile prevăzute la art. 164, 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 depuse la data de 16.01..... pentru o altă procedură în desfășurare.

Concluzionând, petenta apreciază că a depus în cadrul procedurii de față, scrisoare de garanție bancară valabilă și a prezentat argumente concludente în sprijinul valabilității ofertei, în termenul solicitat.

Pentru motivele prezentate în cadrul contestației, ... SRL solicită anularea actului atacat, a raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente lui, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, iar în cazul imposibilității remedierii și reluării procedurii, anularea procedurii de atribuire.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 20-22 din Legea nr. 101/2016, art. 197 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 132 alin. (3) și art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 8442/28.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 11783/29.03....., autoritatea contractantă a transmis, odată cu copia unor documente din dosarul achiziției, un punct de vedere față de contestația formulată de ..... SRL, solicitând respingerea ei, ca netemeinică și nelegală, precum și continuarea procedurii.

Autoritatea contractantă arată că, în ceea ce privește scrisoarea de garanție bancară, depusă de contestatoare în cadrul procedurii, comisia de evaluare a concluzionat că aceasta este emisă de ING BANK N.V AMSTERDAM – Sucursala București pentru ..., nicidecum pentru ofertantul în cauză, ... SRL, motiv pentru care i-a solicitat acestuia clarificări. Ca răspuns, ... SRL precizează că: "ING BANK este notificată în acest sens, iar toate documentele emise de ... sunt valabile și pentru ..... SRL"

Din analiza acestui document, s-a constatat că nu este menționat faptul că .. SRL se află într-un proces de schimbare a denumirii, a sediului sau a altor elemente semnificative privind societatea comercială şi nici faptul că această asumare a responsabilităţilor de către garant se răsfrânge şi asupra altor societăți comerciale, astfel cum susține contestatoarea. Mai mult, nu a fost depus nici un document din care să rezulte că Banca a fost notificată în legătură cu modificările intervenite în ..., iar dacă aceste notificări au fost făcute, trebuie să se facă dovada existenței lor, în opinia autorității contractante.

De asemenea, s-a constat că ... a fost radiată de la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București, așa cum rezultă din Rezoluția nr. 158898 din 13.12.2018, iar la data emiterii scrisorii de garanție bancară - 12.12.2018, ofertantul știa că a solicitat modificări privind societatea comercială la data de 06.12.2018. Totodată, deși ofertantul știa că data limită de depunere a documentelor era 27.12.2018, totuși a depus ofertă cu documente care nu sunt în concordanţă şi care pot conduce la incertitudini.

Or, în opinia autorității contractante, constituirea garanției de participare nu este o simplă formalitate, întrucât rațiunea pentru care se solicită în mod imperios constituirea acesteia (așa cum rezultă din însuși conținutul scrisorii de garanție), respectiv de a garanta o conduită corectă a ofertantului față de autoritatea contractantă, atunci când ofertantul decide să participe la procedura de achiziție.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că în mod corect oferta ..... SRL a fost respinsă în baza prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Referitor la susţinerile contestatoarei privind faptul că prin adresa nr. 318/15.01..... s-au solicitat documente justificative, prin care să se demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, fară a se face mențiuni privind scrisoarea de garanţie bancară, autoritatea contractantă consideră că nu pot fi reținute de Consiliu, întrucât etapa de verificare documente justificative DUAE s-a realizat cu respectarea prevederilor art. 196 din Legea nr. 98/2016, solicitând tuturor ofertanților, prin intermediul SEAP, depunerea documentelor justificative DUAE, cu termen limită

18.01..... Contestatoarea a răspuns la 01.02....., cu adresa nr. 383.

Deși contestatoarea susţine că autoritatea contractantă avea acces în mod gratuit la toate informațiile solicitate, fiind aplicabile prevederile art. 197 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, obligaţia depunerii documentelor rezultă din anunţul de participare simplificat, din fişa de date precum și din formularea expresă, transmisă prin adresa nr. 318/15.01.....

Or, documentele solicitate nu sunt disponibile prin accesarea "unei baze de date", astfel cum este reglementat în art. 197 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar susținerea contestatoarei conform căreia documentele au fost depuse la o altă procedură nu pot fi reținute, întrucât documentele solicitate se depun pentru fiecare procedură la care ofertantul participă, nefiind valabilă o unică depunere pentru mai multe proceduri.

Prin urmare, având în vedere cele constatate, comisia de evaluare a stabilit că ofertantul ..... SRL nu a depus, la secțiunea SEAP stabilită şi până la termenul comunicat, documentele solicitate, motiv pentru care oferta a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1), alin. (4) și alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Pentru motivele invocate în punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ..... SRL, ca nelegală și netemeinică.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 18 din Legea nr. 101/2016, art. 132 alin. (3), art. 134 alin. (1), alin. (3) și alin. (4) din HG nr. 395/2016 și art. 196, art. 197 din Legea nr. 98/2016.

În replică, prin adresa nr. 1127/29.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 11861/29.03....., contestatoarea a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care solicită respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă și admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Contestatoarea subliniază că ..... SRL este aceeași persoană juridică cu ..., scrisoarea de garanție fiind emisă pentru o persoană juridică, nu pentru o denumire.

În ceea ce privește radierea ..., contestatoarea evidențiază că aceasta a survenit ca urmare a schimbării sediului în alt județ, respectiv din București în ....., la data radierii din Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul București, societatea fiind înscrisă în registrul ..... Or, schimbarea sediului societății, dintr-un județ în altul, nu duce la dizolvarea societății într-un județ și la nașterea societății în alt județ, radierea și dizolvarea sunt două instituții juridice diferite.

Referitor la scrisoarea de garanție bancară, contestatoarea apreciază că putea fi folosită indiferent de schimbarea denumirii societăţii, așa cum rezultă din Confirmarea de sold depusă la dosarul cauzei, nr. WB/C/292/08.02....., emisă de ING Bank pe numele ..... SRL, în

care se menționează scrisorile de garanţie emise înainte de data de 31.12.2018, la poziţia nr. GI-18/6323 fiind înscrisă scrisoarea de garanție bancară emisă în favoarea beneficiarului Spitalul Clinic Județean de Urgența "Dr. Constantin Opriș" .....

În plus, în corespondența purtată cu banca, la data de 04.01....., se precizează că: "nu putem emite confirmări oficiale cu privire la garanțiile emise anterior modificării. Angajamentul asumat prin emiterea scrisorilor rămâne valabil și nu avem cunoștință de vreun temei legal care să vă oblige la furnizarea unor detalii/confirmări suplimentare".

Concluzionând, contestatoarea susține că, prin comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, exclusiv pentru motivul neprezentării scrisorii de garanție bancară, autoritatea contractantă neputând extinde motivele de declarare inacceptabilă a ofertei pe calea punctului de vedere.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare având ca obiect „Mănuși examinare", ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ....., la ..... și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de rezultatul procedurii conținut de adresa nr. 7626/20.03....., ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea acestuia, aanularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente lui, dar și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, iar în cazul imposibilității remedierii procedurii, anularea ei.

Preliminar, Consiliul ia act de faptul că ..... SRL a îndeplinit și procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, depunând recipisa de consemnare a cauțiunii, în valoare de 3.998,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în data de 21.03....., sub nr. 205333217/1.

Văzând măsura excluderii din competiție, a cărei invalidare se solicită prin contestație, Consiliul constată că ea s-a bazat pe constatări ale comisiei de evaluare că oferta în discuție nu ar fi respectat două condiții de participare.

În primul rând, absența unei garanții de participare pe numele ofertantului nu poate fi negată, nici la acest moment. Consiliul reține că autoritatea contractantă, corect, a dat curs dipozițiilor art. 132 alin. (3) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016, solicitând clarificarea neconcordanței numelui ofertantului din scrisoare cu cel din ofertă: *În condiţiile 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 neconcordanţe*

referitoare la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, precum şi la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

În fapt, scrisoarea de garanție bancară prezentată în oferta contestatoarei are în conținutul său, pe lângă mențiunea explicită a numelui ofertantului în favoarea căruia s-a emis, și reguli ale executării și validității ei. Este evident că beneficiul scrisorii de garanție nu poate fi extins prin prezumția că emitentul ei ar fi înștiințat de client, în condițiile în care chiar înscrisul invocat de contestatoare conține reguli explicite de executare și/sau de validitate. Pe lângă executarea, la solicitarea autorității contractante, posibila anulare a garanției este luată în considerare doar la returnarea originalului scrisorii și a amendamentelor la scrisoare (dacă există), la solicitarea ofertantului sau beneficiarului (de văzut penultim paragraf al scrisorii).

Astfel, deși ofertantul a făcut dovada schimbării numelui său, prin răspunsul de clarificare solicitat de autoritatea contractantă, totuși, nu i-a transmis acesteea și dovada că banca a înțeles să confirme validitatea scrisorii de garanție bancară, pentru procedura de atribuire, adică dacă garanția emisă în precedent poate fi executată, la nevoie, fără a se impune un amendament privind denumirea ofertantului gerat.

Or, nici la momentul răspunsului de clarificare și nici la momentul emiterii deciziei de respingere, autoritatea contractantă nu a primit din partea ofertantului un document prin care emitentul garanției să precizeze validitatea scrisorii, în condițiile în care a intervenit modificarea de nume și de sediu ale acestuia.

Prin urmare, Consiliul consideră că autoritatea contractantă era îndreptățită la a lua măsura de respingere a ofertei, pentru lipsa unei garanții de participare pe numele ofertantului implicat, prin raportare la prevederile art. 36 alin. (4) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016: *Instrumentul de garantare [...] trebuie să prevadă că plata garanţiei de participare se va executa necondiţionat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declaraţiei acestuia cu privire la culpa persoanei garantate*..

În cauză nu prezintă interes, în analiza pe fond a situației legate de absența garanției de participare, existența unei corespondențe ulterioare cu ofertantul, asupra altor aspecte ale participării în procedură. Prin urmare, prezumția contestatoarei că răspunsul său ar fi fost edificator nu înlătură proba autorității contractante privind absența certitudinii că scrisoarea de garanție bancară, emisă pentru ..., este opozabilă (în raporturile cu banca emitentă) și unei eventuale cereri de executare îndreptate împotriva ..... SRL.

Atât lipsa garanției de participare cât și lipsa informațiilor de clarificare concludente asupra ei au îndreptățit autoritatea contractantă să

facă aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (1) litera a) din Normele sus amintite, respingând oferta ca inacceptabilă.

Cât privește al doilea motiv de respingere, adică întârzierea răspunsului la solicitările de clarificări din 15.01....., transmis de contestatoare la 01.02..... (adică, după 14 zile de la data limită impusă pentru trimitere), recunoscută de contestatoare chiar prin adresa nr. 383/01.02....., Consiliul consideră că măsura autorității contractante, bazată pe această întârziere, nu este disproporționată, față de modul de derulare a procedurii.

Conform prevederilor art. 131 alin. (1) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016: *Modul de lucru al comisiei de evaluare este stabilit de comun acord între membrii acesteia, urmând a se avea în vedere calendarul estimativ de aplicare a procedurii de atribuire şi perioada solicitată pentru valabilitatea ofertelor*.

Or, prin nerespectarea termenului de răspuns, stabilit de comisia de evaluare a ofertelor, dar și prin acceptarea lui și a conținutului solicitării (nefiind atacată la momentul primirii), ofertantul s-a pus voluntar în situația reglementată expres de art. 134 alin. (5) din Normele de aplicare a legii*: În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate [...], oferta sa va fi considerată inacceptabilă*.

Procesul de solicitare a clarificărilor, inclusiv stabilirea datei de răspuns, se bucură de o prezumție de legalitate ce nu poate fi răsturnată, la acest moment.

În primul rând, dreptul de a solicita clarificările în cauză și termenul amintit (18.01.....) nu au fost atacate, contestatoarea actuală recunoscând, chiar prin corespondența sa de răspuns, întârzierea comunicării informațiilor și documentelor.

În plan secund, ar fi tardivă criticarea solicitării de clarificări sub aspectul analizării utilității sau legalității ei, după mai bine de o lună de la emiterea/primirea actului care o cuprinde (adresa nr. 318/15.01.....), dar și după ce contestatoarea a înțeles, totuși, să comunice o parte a documentelor pretinse.

Or, fiind certă aplicabilitatea unei dispoziții explicite a normelor (amintitul art. 134), Consiliul consideră lipsită de temei invocarea principiilor din domeniu, pentru motivarea în drept a criticilor. În prezenta situație, principiul proporționalității are referință secundară, tocmai datorită reglementării explicite, nefiind în aplicabile dispozițiile art. 1 alin. (1) din Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016: *În procesul de realizare a achiziţiilor publice orice situaţie pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor*

prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, denumită în continuare Lege.

Considerând întemeiată respingerea ofertei contestatoarei ..... SRL și pentru cel de-al doilea motiv invocat în adresa nr. 7626 din 20.03....., Consiliul va respinge contestația, ca nefondată, conform prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația ..... SRL, formulată împotriva rezultatului procedurii cuprins în adresa nr. 7626/20.03....., emis de ....., în procedura inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. ..... din ....., ca nefondată.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

....