

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 1856/C3/2097

Data: 02.09.2022

Prin contestația nr. 6/25.08.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 42256/25.08.2022, înaintată de SRL, cu sediul în, județul înregistrată în registrul comerțului sub nr., CUI, reprezentată legal de, administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii simplificate, organizată de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., în vederea atribuirii contractului de „Servicii de furnizare materiale promoționale în cadrul proiectului Dezvoltarea sistemului de asistență socială pentru combaterea sărăciei și a excluziunii sociale, cod MySMIS 126924”, ce a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. SCN1111347 din 22.07.2022, s-a solicitat

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

Prin contestația nr. 6/25.08.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 42256/25.08.2022, ... SRL atacă rezultatul procedurii mai sus amintite, organizată de autoritatea contractantă, considerând nelegală decizia acesteia din urmă de a-i respinge oferta în temeiul dispozițiilor art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că nu ar fi fost constituită garanția de participare la data limită de depunere a ofertelor, respectiv la data de 29.07.2022, ora 15:00.

Contrar opiniei autorității contractante, contestatorul învederează faptul că a încărcat, în SEAP, dovada constituirii garanției de participare prin virament bancar, respectiv OP electronic nr. 1 din data de 29.07.2022, emis de Banca Transilvania, în valoare de 1170 lei, respectând data limită de depunere a ofertelor, respectiv 29.07.2022, ora 15:00. Astfel, a fost îndeplinită cerința privind constituirea garanției de participare.

Prin urmare, nu poate fi reținut motivul invocat de autoritatea contractantă în respingerea ofertei, și anume că banii nu se aflau în contul său până la data și ora limită de depunere a ofertelor, deoarece, din momentul efectuării plății, suma de bani pleacă, ireversibil, către contul autorității contractante, iar prezentarea dovezii constituirii plății este doar formală. Ordinul de plată este ordinul scris, dat de o persoană, numită ordonator, băncii sale, de a plăti o sumă determinată de bani în favoarea unei alte persoane, numită beneficiar, reprezentând astfel transferul bancar al unei sume de bani de la cel care are de făcut o plată către titularul creanței. În acest sens, dispozițiile art. 146 din OUG nr. 113/2009 privind serviciile de plată prevăd că *utilizatorul serviciilor de plată nu poate revoca un ordin de plată după ce acesta a fost primit de către prestatorul de servicii de plată al plătitorului*, fapt ce denotă că, din momentul în care s-a emis acel ordin de plată, s-a manifestat clar interesul pentru a participa la procedura de atribuire a contractului susmenționat, iar faptul că la data limită de depunere a ofertelor suma de bani aferentă garanției de participare era *suspendată*, între procedurile bancare, nu înseamnă că aceasta nu a fost efectiv constituită.

De asemenea, contestatorul menționează că, prin calitatea de instrument de transfer credit, ordinul de plată antrenează anumite operațiuni, care încep prin dispoziția dată de plătitor unei bănci, de a pune la dispoziția unui beneficiar o sumă de bani și se finalizează prin acceptarea respectivului ordin de plată de către banca destinatară. Pe circuitul parcurs de ordinul de plată se pot interpune mai multe bănci, acestea efectuând, succesiv, operațiuni de recepție, autentificare, acceptare și executare a ordinului de plată, ceea ce nu înseamnă că ordinul de plată nu este valabil, sau că plata nu a fost făcută, din moment ce ordinul de plată, fiind un instrument de transfer credit, reprezintă o dispoziție necondiționată, dată de emitent unei bănci, de a pune la dispoziția unui beneficiar o sumă de bani.

Prin urmare, faptul că ordinul de plată a fost emis și procesat pe 29.07.2022 denotă că garanția de participare a fost constituită în mod legal.

În acest sens este și jurisprudența Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, potrivit căreia o ofertă nu poate fi respinsă atât timp cât suma ce reprezintă garanția de participare a fost virată în contul autorității contractante, fiind la dispoziția exclusivă a acesteia, iar ordinul de plată a fost depus la bancă în termen. Autoritatea contractantă este obligată să verifice dacă există dovada plății garanției de participare sau existența fizică a sumei virate în contul acesteia. Mai mult, autoritatea contractantă este obligată ca, în situația în care există nelămuriri în privința garanției de participare, să solicite ofertantului clarificări (art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016).

Or, autoritatea contractantă nu a respectat prevederile legale în domeniu și nu a solicitat, anterior respingerii ofertei, clarificări cu privire la modalitatea de constituire a garanției de participare și nici nu a încărcat, în SEAP, procesul-verbal de deschidere a ofertelor.

Prin adresa nr. 3423/30.08.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 43301/31.08.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, ca nefondată.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, prin intermediul documentația de atribuire, a transmis instrucțiuni potențialilor ofertanți în legătură cu constituirea garanției de participare pentru prestarea serviciilor ce fac obiectul contractului (fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.6.a) *Garanție de participare și* secțiunea IV.4.3.2. *Cerințe obligatorii privind garanția de participare*).

Cu ocazia deschiderii ofertelor, în data de 29.07.2022, ora 15:00, comisia de evaluare a verificat documentele depuse de operatorii economici participanți la procedura de atribuire, constatând că SRL a optat pentru constituirea garanției de participare prin virament bancar, transmițând, ca dovadă, ordinul de plată electronic nr. 1 din data de 29.07.2022, în valoare de 1.170 lei, realizat prin intermediul aplicației de internet banking a Băncii Transilvania.

Autoritatea contractantă a depus toate diligențele pentru a stabili dacă a fost sau nu constituită garanția de participare, verificând în acest sens contul său.

Deși operatorul economic a transmis ordinul de plată pentru suma de 1.170 lei, până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 29.07.2022, ora 15.00, la dispoziția autorității contractante nu se afla nici suma de 1.170 lei și nici un alt instrument de garantare emis în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, motiv pentru care oferta depusă de SRL a fost respinsă în temeiul dispozițiilor art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Comisia de evaluare a decis că orice solicitare de clarificări asupra acestui aspect era de prisos, orice remediare a condițiilor de formă a instrumentului folosit pentru constituirea garanției de participare neputând suplini lipsa constituirii acesteia la data limită de depunere a ofertelor, în sensul în care suma aferentă nu se regăsea în contul autorității la acea dată.

Prin urmare, nu poate fi pusă în discuție o eventuală încălcare a principiilor care stau la baza achizițiilor publice stipulate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, îndeosebi a tratamentului egal, pentru nesolicitarea de clarificări asupra acestui aspect.

De altfel, emiterea ordinului de plată, la data de 29.07.2022, nu putea avea ca efect intrarea banilor în contul de trezorerie al autorității contractante în aceeași zi, aspect de care contestatorul ar fi trebuit să țină seama. Simpla virare a sumei aferente, fără ca aceasta să ajungă în

contul autorității contractante, anterior datei limită de depunere a ofertelor, nu poate echivala cu constituirea, în mod corect, a garanției, conform cerințelor legale și a prevederilor fișei de date. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 125 din HG nr. 395/2016, riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.

Anterior încheierii procesului-verbal nr. 1460/02.08.2022 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, autoritatea contractantă a luat în calcul jurisprudența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor în situații similare.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 22.07.2022, o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului de „Servicii de furnizare materiale promoționale în cadrul proiectului Dezvoltarea sistemului de asistență socială pentru combaterea sărăciei și a excluziunii sociale, cod MySMIS 126924”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. SCN1111347 și a documentației de atribuire.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1619/18.08.2022, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea lui, dar și a raportului procedurii nr. 1616/DGAPA/18.08.2022 și a proceselor-verbale nr. 1453/01.08.2022 și nr. 1460/02.08.2022, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208352795/1, în valoare de 2.340,46 lei, emisă de CEC Bank – Unitatea, la data de 26.08.2022.

În adresa de comunicare a rezultatului procedurii, 1619/18.08.2022, i s-au transmis ofertantului următoarele:

"Deși operatorul economic a transmis ordinul de plată pentru suma de 1.170 lei, până la data limită de depunere a ofertelor respectiv 29.07.2022, ora 15.00, la dispoziția autorității contractante nu se afla nici suma de 1.170 lei și nici un alt instrument de garantare emis în condițiile legii în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (4) lit b) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, prin încheierea Procesului-Verbal nr. 1453/01.08.2022 al ședinței de vizualizare a ofertelor și verificarea garanțiilor de participare, în baza art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare respinge oferta depusă de operatorul economic S.C. S.R.L. "

În esență, oferta contestatorului a fost respinsă pentru că, la data de 29.07.2022 (nici la data de 01.08.2022) garanția de participare nu se afla în contul autorității contractante.

Relevante în soluționare sunt următoarele prevederi de la 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. (...)

(4) 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, și 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.

În fișa de date a achiziției, s-au prevăzut următoarele reguli privitoare la garanția de participare:

"Garanția de participare solicitată este, conf disp art. 35 din HG 395/2016, cu modif și compl ulterioare, în quantum de 1% din val estimată a ctr de ach publică și va fi în sumă de: 1.170 lei; Aceasta se poate constitui prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o inst de credit din România sau din alt stat sau de o soc de asigurări, în cond. legii. Gar de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru per de valabilitate prevăzute în doc de atribuire, respectiv 90 zile și trebuie să fie irevocabilă.

Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte doc ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata gar de participare se va executa necond, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza decl acestuia cu privire la culpa persoanei garantate. Contul IBAN al autorității contractante:

RO27TREZ7005005XXX000163 deschis la A.T.C.P.M.B., cod fiscal 4266669. Dovada constituirii se va încărca în SEAP, scanată și semnată cu semnătură electronică".

Potrivit acestor reguli, ofertantul avea obligația să respecte, pentru transmiterea garanției, data și ora-limită stabilite de autoritatea contractant.

În legislația din domeniul achizițiilor nu există nicio regulă prin care, la data și ora limită de depunere a ofertei, ofertantul să facă dovada că suma constituită pentru garanția de participare să fie deja în contul achizitorului.

Sintagma *"garanția de participare se constituie prin virament bancar"* se referă strict și explicit la acțiunea ofertantului de a da ordin băncii să vireze o anumită sumă de bani achizitorului. Transferul bancar nu este sub controlul ofertantului, dar nici al autorității contractante.

Ofertantul a respectat, întru totul, regulile prevăzute de HG nr. 395/2016, transmitând garanția de participare în SEAP, până în data de 29.07.2022, ora 15.00 (acțiune consemnată de comisia de evaluare).

Faptul că, în 01.08.2022, suma nu se afla în contul de trezorerie al ministerului nu îi este imputabilă contestatorului.

Cât privește cel de al doilea motiv de respingere (*nici un alt instrument de garantare emis în condițiile legii în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (4) lit b) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.*) Consiliul constată netemeinicia lui întrucât, fiind constituită garanția de participare prin virament, în mod firesc, nu se poate discuta de un alt instrument bancar.

Mai mult de atât, dispozițiile art. 154 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 98/2016 sunt aplicabile începând cu 13.09.2022 (așa cum se prevede la art. V. - (1) din Legea nr. 208/2022: *Prezenta lege intră în vigoare în termen de 60 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I.*).

Prin respingerea ofertei, comisia de evaluare a încălcat atât prevederile de la art. 36 din HG nr. 395/2016, cât și pe cele din propria documentație de atribuire.

Trebuie remarcat faptul că, în adresa de comunicare a rezultatului, din 18.08.2022, autoritatea contractantă l-a informat pe contestator că poate solicita restituirea garanției de participare. Așadar, deși în timpul procesului de analiză a ofertelor, garanția de participare, constituită de SRL a ajuns în contul achizitorului, comisia de evaluare nu a luat în seamă acest fapt.

Astfel, Consiliul constată că respingerea ofertei SRL este nelegală. Aflându-se în posesia dovezii de constituire a garanției, comisia de evaluare trebuia să ia în considerare oferta în cauză.

Relativ la critica privind nerespectarea, de către autoritatea contractantă, a prevederilor art. 64 alin. (5) din HG nr. 395/2016, Consiliu o apreciază a fi neîntemeiată, întrucât nu este aplicabilă procedurilor de atribuire derulate integral on-line (prin SEAP).

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula Raportul procedurii nr. 1616/18.08.2022, în partea ce privește evaluarea ofertei SRL, precum și actele subsecvente lui. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea acestei decizii, să reevalueze această ofertă, cu luarea în considerare a garanției de participare, aflată la dispoziția sa.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu și anulează Raportul procedurii nr. 1616/18.08.2022, în partea ce privește evaluarea ofertei SRL, precum și actele subsecvente lui. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să reevalueze această ofertă, cu luarea în considerare a garanției de participare, aflată la dispoziția sa.

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

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....