



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: ...

I. Prin contestația nr. 668/17.05.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 25407/18.05.2022, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică organizată către ..., cu sediul social ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: «Construire bază sportivă TIP 1, str. Nicolae Bălcescu, nr. 14-16, oraș ..., județul ...»-V2 combustibil gaz”, se solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulat, anularea Comunicării rezultatului procedurii nr. 24041/10.05.2022, a Raportului procedurii nr. 8936L/10.05.2022 și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește respingerea ofertei subscrisei ca fiind inacceptabilă, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare, cu respectarea cerințelor legale, cu aplicarea criteriilor de atribuire care conduc la declararea ofertei sale ca fiind admisibilă, precum și obligarea autorității contractante la atribuirea contractului către operatorii economici care au depus oferte admisibile și conforme.

II. Prin adresa nr. 137/26.05.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 27112/27.05.2022, ..., lider al asocierii ..., cu sediul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor în ..., în calitate de ofertant câștigător, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. 3 din Legea 101/2016 coroborat cu art. 61 și urm. din codul de procedură civilă, formulează cerere de intervenție prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție, iar, pe fond, respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

**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 ... critică decizia autorității contractante privind respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, solicitând cele prezentate în preambulul prezentei decizii.

I. Prin adresa nr. 668/17.05.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 25407/18.05.2022, ..., în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 transmite *contestație* prin care solicită:

- admiterea contestației astfel cum a fost formulată;
- anularea Comunicării rezultatului procedurii nr. 24041/10.05.2022, a Raportului procedurii nr. 8936L/10.05.2022 și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește respingerea ofertei subscrisei ca fiind inacceptabilă;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare, cu respectarea cerințelor legale, cu aplicarea criteriilor de atribuire care conduc la declararea ofertei sale ca fiind admisibilă;
- obligarea autorității contractante la atribuirea contractului către operatorii economici care au depus oferte admisibile și conforme.

În fapt, contestatoarea a participat în calitate de ofertant la procedura de atribuire organizată de ..., depunând oferta în conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă a declarat oferta sa ca fiind inacceptabilă, respingând-o în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) și k) din H.G. nr. 395/2016. Din actele contestate, societatea contestatoarea susține că reiese faptul că la baza deciziei de respingere a stat polița de asigurare depusă referitoare la garanția de participare, document care se referea la o altă procedură de atribuire.

Aceasta consideră că oferta sa este admisibilă și conformă, iar actele contestate sunt vădit nelegale, întrucât autoritatea contractantă nu și-a respectat obligația de a clarifica situația ivită.

Din analiza actelor contestate, ... apreciază că reiese că oferta sa a fost respinsă pentru neîndeplinirea cerințelor prevăzute de art. 36 din H.G. nr. 395/2016 privind obligația constituirii garanției de participare și depunerea instrumentului de garantare.

Mai exact, autoritatea contractantă a identificat în cadrul ofertei sale, Polița de asigurare nr. OD 2058210471 emisă de EUROINS ROMANIA ASIGURARE REASIGURARE S.A. pentru o procedură de atribuire diferită față de cea care face obiectul prezentei contestații, respectiv pentru o procedură organizată tot de ... pentru o sală de sport din comuna ..., jud. ..., desfășurată în aceeași perioadă.

Cu toate acestea, contestatoarea afirmă că temeiurile de drept în baza cărora a fost respinsă oferta sa, respectiv art. 137 alin. (2) lit. b) și k) din H.G. nr. 395/2016, sunt indicate în mod greșit, întrucât nu s-a constatat lipsa propunerii tehnice sau a celei financiare pentru a fi incident motivul de

la lit. k), iar neregularitățile privind garanția de participare sunt reglementate în mod distinct de H.G. nr. 395/2016, iar nu prin lit. b).

Aceasta adaugă că norma incidentă acestei situații este cea prevăzută de art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, care prevede faptul că *„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.”*

Așadar, contestatoarea menționează că, în cazul special al neconcordanțelor privind condițiile de formă ale garanției de participare, comisia de evaluare are obligația de a solicita clarificări ofertantului - în cazul supus atenției fiind vorba despre o poliță care nu se referea la contractul care urmează a fi atribuit în această procedură, deci o poliță care nu respectă condițiile de formă impuse de lege și de documentația de atribuire.

... consideră că, dacă obligația de a solicita clarificări ar fi fost respectată de către comisia de evaluare, contestatoarea ar fi depus Polița de asigurare seria OP nr. 2058210149/22.11.2021 aferentă acestei proceduri încheiată anterior datei-limită pentru depunerea ofertelor, înscris pe care, din eroare, nu l-a depus în oferta inițială.

Mai mult decât atât, contestatoarea apreciază că, potrivit art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 *„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”,* fiind acceptate completări ale ofertei numai în anumite situații, printre care și în cazul în care documentul adus în completare este susținut în mod neechivoc de conținutul altor informații existente inițial în cadrul ofertei.

În acest sens, contestatoarea afirmă că a depus în cadrul documentelor de calificare Instrumentul de garantare - Draft polița garanție de participare/emis de Euroins care însoțește Polița de asigurare seria OD nr. 2058210149/22.11.2021 și care prevede în mod expres această procedură de atribuire și dovada plății acesteia. Așadar, aceasta susține că depunerea poliței de asigurare greșite a fost rezultatul unei erori materiale, însă din conținutul altor informații existente inițial în cadrul ofertei rezultă fără echivoc faptul că a contractat cu EUROINS o poliță de asigurare pentru îndeplinirea cerinței privind garanția de participare și pentru prezenta procedură.

Pentru aceste motive, ... consideră că autoritatea contractantă avea obligația, în temeiul art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 să solicite clarificări în prezenta cauză, solicitare la care contestatoarea ar fi răspuns în maniera prezentată anterior și ar fi clarificat orice dubiu.

De asemenea, suplimentar obligației prevăzute de art. 132 alin (3) din H.G. nr. 395/2016, contestatoarea menționează că autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări și în temeiul art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, urmând ca răspunsul primit să fie catalogat ca fiind o

îndreptare a unui viciu de formă, susținut în mod neechivoc de documentele prezentate inițial (de Draftul poliței garanție de participare și dovada achitării poliței corecte), cu respectarea dispozițiilor art. 135 din H.G. nr. 395/2016.

În concluzie, contestatoarea consideră că, dând dovadă de un formalism excesiv și cu încălcarea obligației exprese de a solicita clarificări referitoare la garanția de participare, autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei sale în mod neîntemeiat, motiv pentru care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, aceasta își întemeiază afirmațiile pe dispozițiile din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 27268/24.05.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 26445/24.05.2022, autoritatea contractantă transmite *punct de vedere* la contestația nr. 668/17.05.2022, depusă de către ... în calitate de lider al asocierii ..., prin care solicită respingerea contestației ca nefondată, în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

..., în calitate de autoritate contractantă a transmis spre publicare în SEAP anunțul de participare simplificat nr. SCN1092361/03.09.2021 pentru procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții «Construire bază sportivă TIP 1, str. Nicolae Bălcescu, nr. 14-16, oraș ..., județul ...-V2 combustibil gaz»”.

La procedura în cauză au depus oferte:

- Asocierea ...
- Asocierea ...
- Asocierea ...
- Asocierea ...
- Asocierea ...
- Asocierea ...
- Asocierea ...
- Asocierea ...
- Asocierea ...
- Asocierea ...

Oferta asocierii ... a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 137 alin (2) litera b) și litera k) din H.G nr. 395/2016, deoarece aceasta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire iar ofertei îi lipsește una din cele doua componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, respectiv nu a prezentat garanția de participare.

Prin contestația formulată, asocieria contestatoare a solicitat anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire cu evaluarea ofertei sale.

Față de cele solicitate, în raport de motivele invocate, achizitoarea solicită respingerea contestației ca nefondată.

Aceasta arată că, în oferta depusă, garanția de participare prezentată de societatea contestatoare este aferentă altui obiectiv de investiții, deci, ofertantul nu a prezentat garanția de participare până la data limită pentru depunerea ofertelor.

Prin contestația depusă, contestatoarea susține că este neîntemeiată decizia autorității contractante privind respingerea ofertei sale ca inacceptabilă în baza prevederilor art. 137 alin. (2) litera. b) și litera k) din H.G nr. 395/2016, motivat de faptul ca nu i s-ar fi solicitat clarificări privind garanția de participare.

În acest sens, contestatoarea, deși recunoaște că a depus în cadrul ofertei o garanție de participare „pentru o procedură de atribuire diferită față de cea care face obiectul prezentei contestații”, susține totodată că revenea autorității contractante obligația de a-i solicita o clarificare „fiind vorba despre o poliță care nu se referea la contractul care urmează a fi atribuit în această procedură, deci o poliță care nu respecta condițiile de forma impuse de lege și de documentația de atribuire.”

Referitor la susținerile contestatoarei privind netemeinicia deciziei de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, pentru neconstituirea garanției de participare, autoritatea contractantă apreciază că acestea sunt neîntemeiate.

Modalitatea de depunere a garanției de participare a fost precizată în fișa de date a achiziției, Secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare, după cum urmează:

„Ofertanții vor constitui garanția în cuantum de 70.000 lei.

Note:

1.Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din H.G. nr. 395/2016.

2.Contul autorității contractante R006RNCB0081151877230037 deschis la BCR.

3.Perioada de valabilitate a garanției pentru participare va fi cel puțin egală cu perioada minima de valabilitate a ofertei - 12 luni de la termenul limita de depunere a ofertelor.

4.În cazul depunerii de oferte în asociere, instrumentul de garantare trebuie sa prevadă în mod explicit faptul ca garanția de participare este constituita în numele asocierii și ca acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici.

5.Ofertanții vor constitui garanția de participare printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din Romania sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

6.Dovada constituirii garanției de participare emisă în alta limba decât romana va fi prezentata cel mai târziu la termenul limita de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SEAP în format electronic cu semnătură electronică extinsă, însoțită de traducerea autorizata în limba romana.

7.Echivalenta pentru o garanție de participare depusă în alta moneda se va face la cursul BNR din data anterioara datei limita de depunere a ofertelor cu 5 zile calendaristice.

8.Neprezentarea constituirii garanției de participare conduce la declararea ofertei ca inacceptabila.

9.Dovada constituirii garanției de participare trebuie sa fie prezentata cel mai târziu la termenul limita de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SEAP în format electronic cu semnătură electronică extinsă.

10.Retinerea garanției de participare, se va face, în condițiile prevăzute de art. 37 alin. 1 din H.G. nr. 395/2016.”

Autoritatea contractantă consideră că relevante în acest sens sunt și următoarele prevederi legale: art. 36 alin. (4) și art. 132 alin. (3) din H.G nr. 395/2016, precum și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cerințele de mai sus, comisia de evaluare, analizând și verificând oferta din punct de vedere al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție și a constituirii garanției de participare ce însoțește oferta, a constatat că asocierea contestatoare a încărcat în SEAP următoarele documente:

- Draft poliță;
- Poliță de asigurare de garanție pentru licitații emisă de către EUROINS pentru procedura *„Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții: Proiect pilot-sală de sport școlară, sat ..., comuna ..., județul ..., combustibil SOLID-cu canalizare”*, nr. anunț SCN1093360.

Ca urmare a analizării documentelor prezentate, comisia de evaluare a constatat faptul că asocierea contestatoare nu a făcut dovada, la data și ora-limită de depunere a ofertelor, că a constituit garanția de participare pentru obiectivul de investiții care face obiectul prezentei proceduri, motiv pentru care a decis respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că nu se impunea nicio solicitare de clarificări, deoarece rezulta fără putere de tăgadă faptul că nu există nicio concordanță între garanția prezentată de către contestator în SEAP (Anexa 2) și garanția solicitată de achizitoare, acestea neavând niciun punct comun, sens în care nu se justifică solicitarea de clarificări.

Față de cele de mai sus, precum și față de prevederile legale citate anterior, autoritatea contractantă consideră că o eventuală solicitare de clarificare, așa cum susține contestatoarea putea fi adresată numai în situația în care garanția de participare era depusă conform cerințelor documentației de atribuire și conform prevederilor art. 36 alin. (4) H.G nr. 395/2016, iar cu privire la instrumentele de garantare depuse se constatau neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă, quantum și valabilitate, situație reglementată de art. 132 alin. (3) din actul normativ menționat anterior.

De asemenea, într-o speță similară, Curtea de Apel București, prin Hotărârea nr. 596/2022 a reținut că ofertanții au obligația, ca cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor, să facă dovada că au constituit garanția de participare, cu respectarea tuturor condițiilor/cerințelor de formă precizate în documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă consideră că în mod corect comisia de evaluare a stabilit că o eventuală solicitare de clarificări formulată în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ar fi condus la apariția unui avantaj evident în favoarea asocierii, iar conform alin. (2) al aceluiași articol *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”*.

De asemenea, achizitoarea menționează că, printr-o eventuală solicitare de clarificări, s-ar fi încălcat principiului tratamentului egal față de ceilalți ofertanți care au înțeles și au respectat prevederile documentației de atribuire, Secțiunea III. 1.6.a) Garanție de participare din fișa de date.

În acest sens, comisia de evaluare în mod corect a considerat că nu se impunea solicitarea de clarificări întrucât acceptarea unui răspuns l-ar fi avantajat în mod evident pe ofertant, permițându-se în acest caz ca prin răspunsul transmis, acesta să-și transforme oferta din inacceptabilă în acceptabilă/admisibilă/conformă.

Astfel, achizitoarea apreciază că orice altă soluție ar fi fost aleasă de către membrii comisiei de evaluare cu privire la garanția de participare prezentată, ar fi fost echivalentă cu încălcarea principiului tratamentului egal și nediscriminării față de ceilalți participanți la procedură, care au depus diligentele necesare constituirii garanției de participare și punerii la dispoziția autorității în termenul limită de depunere a ofertelor.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă precizează că, la Cap. IV.4.3 „Modul de prezentare al ofertei” din fișa de date este stipulat faptul că înainte de depunerea ofertei în SEAP, operatorii economici vor depune toate diligențele pentru asigurarea accesibilității și funcționalității pentru toate componentele acesteia (fișierele conținând propunerea tehnică, propunerea financiară, garanția de participare) pentru a facilita accesul comisiei de evaluare la oferta, în integralitatea ei. Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, cad în sarcina operatorului economic”, astfel încât, ofertantul nu-și poate invoca propria culpa potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”.

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 cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție publică, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilesc regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv. Nemodificată anterior datei limita 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.

Comisia de evaluare a considerat că, prin depunerea unei garanții de participare care nu corespunde sub niciun aspect cerințelor din documentația de atribuire, privind obiectivul de investiții, cuantumul sau valabilitatea acesteia, ofertantul nu a făcut dovada constituirii garanției de participare așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire, respectiv fișa de date, Secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare, cu respectarea dispozițiilor art. 36 alin. (1) - (4) din Normele Metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă apreciază că, în mod corect, comisia de evaluare a decis să respingă ca inacceptabilă oferta depusă de către asocierea contestatoare, întrucât, ofertantul nu a făcut

dovada, până la data limită de depunere a ofertelor că a constituit garanția de participare, iar informațiile din Polița de asigurare prezentată de ofertant nu pot fi interpretate ca *„neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia”*, în situația dată nefiind aplicabile dispozițiile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

În drept, achizitoarea invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale H.G. nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 715/25.05.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 26765/25.05.2022, contestatoarea formulează *note scrise*, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

... precizează că își menține în totalitate cele expuse prin contestație și formulează prezentele note scrise în urma consultării punctului de vedere al autorității contractante, prin care sunt reluate motivele incluse în raportul procedurii.

Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă arată că depunerea unei polițe pentru o altă procedură de atribuire nu ar reprezenta temei pentru solicitarea unor clarificări, opinie care nu numai că încalcă principiul proportionalității prevăzut de Legea nr. 98/2016, dar încalcă și dispozițiile exprese ale art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016. Astfel, depunerea unei polițe care vizează o altă procedură de atribuire reprezintă o neconcordanță *„referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare”* precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia întrucât la rubrica „Elemente identificare ale contractului dintre asigurat și beneficiar” este trecut alt obiectiv.

Aceasta consideră că acest viciu atrage aplicabilitatea art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 și implicit obligația autorității contractante de a solicita clarificări în legătură cu acest aspect.

Mai mult decât atât, contestatoarea consideră că, în conformitate cu cele menționate prin contestație, art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 obligă autoritatea contractantă să stabilească și să solicite clarificări formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea ofertei. Asemenea completări pot fi primite numai în situația în care răspunsul este susținut în mod neechivoc de conținutul altor informații deja existente în oferta inițială și fără încălcarea principiilor prevăzute de Legea nr. 98/2016.

Astfel cum a menționat prin contestație, societatea care aduce critici arată că încheiase deja polița de asigurare și pentru această procedură de atribuire, fiind achitată prin același OP, iar la dosar fiind depus draftul poliței încheiat pentru obiectivul corect (înscriș atașat punctului de vedere al autorității contractante). Existau, așadar, suficiente indicii în sensul că societatea contestatoare a încheiat polița corectă și că depunerea unei polițe referitoare la altă procedură de atribuire este o simplă eroare.

De asemenea, aceasta susține că, contrar celor menționate în punctul de vedere, principiul egalității de tratament nu ar fi fost încălcat în prezenta cauză, întrucât nu i s-ar fi acordat un timp suplimentar în vederea încheierii unui contract de asigurare, deoarece polița pentru prezentul obiectiv fusese

deja emisă, ci doar i s-ar fi acordat oportunitatea corectării unui viciu de formă.

Pentru toate aceste motive, precum și pentru cele invocate prin contestație, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

II. Prin adresa nr. 137/26.05.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 27112/27.05.2022, ..., lider al asocierii ..., în calitate de ofertant câștigător, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. 3 din Legea 101/2016 coroborat cu art. 61 și urm. din codul de procedură civilă, formulează *cerere de intervenție* prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție,

Și, pe fond, respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale, având în vedere următoarele considerente:

..., în calitate de autoritate contractantă a organizat, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect *„Proiectare, execuție lucrări și asistenta tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: „Construire baza sportivă TIP 1, str. Nicolae Bălcescu, nr. 14-16, oraș ..., județul ...”-V2 combustibil gaz*”, prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. SCN1092361/03.09.2021.

Autoritatea contractantă a ales ca și procedură „procedura simplificată într-o singură etapă”, cu o valoare estimată a procedurii de 7.037.987,88 lei fără TVA, iar criteriul aplicat pentru atribuirea este „cel mai bun raport calitate - preț”, cu factori de evaluare „Experiența profesională” - punctaj 40 de puncte și „Prețul ofertei” - punctaj 60 de puncte.

Ulterior evaluării ofertelor, pe data de 10.05.2022 autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa nr. 24041 privind rezultatul procedurii, conform căruia oferta acestuia a fost respinsă ca inacceptabilă. De asemenea, din raportul procedurii nr. 8936L/10.05.2022, postat pe SICAP rezultă că oferta declarată câștigătoare este oferta depusă de asocierea ...

Împotriva respectivului rezultat, ... a formulat contestație ce face obiectul prezentului dosar.

Intervenienta considerăm actele emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale, acestea fiind emise în raport de prevederile documentației de atribuire și a dispozițiilor legale aplicabile, fapt pentru care solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Cu privire la prezenta cerere de intervenție, aceasta solicită admiterea ei în principiu, în temeiul dispozițiilor art. 64 alin. (2) din Noul Cod de procedură civilă, având în vedere calitatea asocierii ..., de ofertant declarat câștigător al procedurii de atribuire derulate la nivelul ...

Intervenienta afirmă că această calitate, scopul pentru care a participat la prezenta procedură, respectiv acela de a semna contractul cu autoritatea contractantă, justifică, fără putință de tăgadă, interesul acesteia în menținerea tuturor actelor emise de către ...

Aceasta consideră că decizia de respingere a ofertei depuse de ... ca inacceptabilă este temeinică și legală.

Din contestația formulată rezultă faptul că, oferta depusă de contestator a fost respinsă „în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) și k) din H.G. nr. 395/2016. Din actele contestate reiese faptul că la baza deciziei de respingere a stat polița de asigurare depusă referitoare la garanția de participare, document care se referea la o altă procedură de atribuire”.

În susținerea contestației se precizează faptul că decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală întrucât în raport de dispozițiile art. 132 alin. 3 din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări referitoare la lămurirea neconcordanțelor privind condițiile de formă ale garanției de participare.

Prin fișa de date la cap. III.1.6.a) se prevede: „Garanție de participare: Ofertanții vor constitui garanția în quantum de 70.000,00 lei
Note: 1. Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016. 2. Contul autorității contractante R006RNCB0081151877230037 deschis la BCR. 3. Perioada de valabilitate a garanției pentru participare va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei - 12 luni de la termenul limită de depunere a ofertelor. 4. În cazul depunerii de oferte în asociere, instrumentul de garantare trebuie să prevadă în mod explicit faptul că garanția de participare este constituită în numele asocierii și să acopere în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici. 5. Ofertanții vor constitui garanția de participare printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări. 6. Dovada constituirii garanției de participare emisă în altă limbă decât română va fi prezentată cel mai târziu la termenul limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SEAP informat electronic cu semnătură electronică extinsă, însoțită de traducerea autorizată în limba română. 7. Echivalenta pentru o garanție de participare depusă în altă monedă se va face la cursul BNR din data anterioară datei limită de depunere a ofertelor cu 5 zile calendaristice. 8. Neprezentarea constituirii garanției de participare conduce la declararea ofertei ca inacceptabilă. 9. Dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la termenul limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SEAP în format electronic cu semnătură electronică extinsă. 10. Reținerea garanției de participare, se va face, în condițiile prevăzute de art. 37 alin. 1 din HG nr. 395/2016”.

Potrivit dispozițiilor art. 36 alin. 4 din H.G. 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, 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”.

Intervenienta apreciază că, din economia acestor dispoziții legale coroborate cu prevederile fișei de date cap. III.1.6.a), pct. 9, rezultă faptul că dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel

mai târziu la termenul limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SICAP în format electronic cu semnătură electronică extinsă.

Din contestația formulată rezultă că, pentru dovedirea constituirii garanției de participare, contestatorul a prezentat în cadrul ofertei: Polița de asigurare de garanție pentru licitații nr. OD 2058210471, întocmită de EUROINS, pentru contractul de achiziție „*Proiectare faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții- Proiect pilot Sală de sport școlară, sat ..., comuna ..., județul ..., combustibil solid- cu canalizare*”; ordinul de plată nr. 399 din 19.11.2021 și Draft-ul Instrumentului de garanție (fără semnătură, fără stampilă, fără număr și dată) - garanție de participare la procedura de atribuire a contractului de achiziției „*Proiectare, execuție lucrări și asistenta tehnica din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: "Construire baza sportiva TIP 1, str. Nicolae Bălcescu nr. 14-16, oraș ..., județul ..." -V2 combustibil gaz*".

Intervenienta apreciază că, din analiza acestor documente rezultă faptul că, până la data limită de depunere a ofertei, contestatorul nu a prezentat pentru prezenta procedura o poliță de asigurare de garanție validă, întrucât polița depusă este întocmită pentru un alt contract decât cel ce face obiectul prezentei proceduri. De asemenea, instrumentul de garantare prezentat nu are valoarea unei polițe de asigurare valabile, întrucât așa cum se poate observa respectivul document este un draft fără semnătură, fără stampilă, fără număr și dată de înregistrare.

Aceasta punctează că, în prezenta speță, contestatorul recunoaște că a prezentat în cadrul ofertei un instrument de garantare care nu este încheiat pentru prezenta procedură, iar interveninta consideră că, prin urmare, sancțiunea dispusă prin actele contestate este generată de propria culpă și trebuie asumată de acesta având în vedere prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016, potrivit căroră „*Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă*".

Astfel, intervenienta consideră că, din analiza documentelor prezentate pentru demonstrarea cerinței privind constituirea garanției de participare, nu rezultă îndeplinirea cerințelor din fișa de date cap. 111.1.6.a), pct. 9, în sensul că, până la data limită de depunere a ofertei nu a fost încărcată în SICAP un instrument de garantare valabil. Nedepunerea odată cu oferta a unui instrument de garantare valid echivalează cu neîndeplinirea cerinței privind constituirea garanției de participare, prevăzută de cap. III.1.6.a) din fișa de date și implicit de dispozițiile art. 36 alin. (1) și (4) din H.G. nr. 395/2016 și conduce la respingerea ofertei ca inacceptabilă potrivit pct. 8 din același capitol al fișei de date, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) și k) din H.G. nr. 395/2016.

Intervenienta afirmă că în acest sens s-a pronunțat și Consiliu, într-o speță similară, prin care se reține "*Astfel, Consiliul constată că, prin depunerea ofertei pentru lotul 1 fără ca aceasta să fie însoțită de dovada constituirii garanției de participare,... a încălcat prevederile art. 42 alin. (7) din H.G. nr. 394/2016, prevederi legale imperative de la care nici*

autoritatea contractantă și nici operatorii economici nu pot face derogări. (...)

Astfel, având în vedere că riscul întocmirii ofertelor, inclusiv prezentarea garanției de participare într-o anumită formă sau într-un anumit moment cade în sarcina operatorului economic, și faptul că celălalt ofertant care a depus ofertă în cadrul procedurii pentru lotul 1, respectiv ..., a respectat prevederile documentației de atribuire și prevederile legale anterior menționate, Consiliul constată că acceptarea de către comisia de evaluare a situației în care s-a aflat ..., ar conduce nu numai la nerespectarea prevederilor documentației de atribuire și a prevederilor legale în speța de față, dar și la încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016.”

De asemenea, potrivit art. 132 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, *„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 quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.”*

Intervenienta susține că, din economia acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă solicită clarificări cu privire la quantumul și valabilitatea garanției de participare, cât și cu privire la eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare și nicidecum cu privire la îndeplinirea condițiilor de fond, respectiv la lipsa instrumentului de garantare. Având în vedere lipsa instrumentului de garantare valabil, pentru contractul ce urmează a se încheia, nu se poate vorbi de nerespectarea unei condiții de formă impusă de lege, cum greșit susține contestatorul, ci de nerespectarea unei condiții de fond impusă prin dispozițiile legale cât și prin prevederile fișei de date.

Întrucât dispozițiile art. 132 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, impun obligația autorității contractante de a lămuri aspectele privind condițiile de formă ale instrumentului de garantare și nicidecum obligația de a solicita prezentarea unui nou document de garantare pentru contractul ce urmează a se încheia, intervenienta apreciază că autoritatea contractantă nu putea formula în prezenta speță o solicitare de clarificări, cu privire la documentele prezente de contestator pentru demonstrarea constituirii garanției de participare, fără să creeze acestuia un avantaj.

Printr-o solicitare de clarificări prin care să permită contestatorului să prezinte un instrument de garantare pentru contractul ce urmează a se încheia, autoritatea contractantă ar fi încălcat principiul tratamentului egal, consacrat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și dispozițiile art. 209 alin. (2) din același act normativ, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”*, transformând o ofertă care nu este admisibilă, întrucât nu respectă cerința privind constituirea garanției de participare, într-una admisibilă.

Intervenienta arată că, în acest sens este și Decizia nr. 3139/C8/3358 din 19.12.2018 a Consiliului, prin care se reține *„însă, în speța dedusă judecății, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte refacerea înscrisurilor generaliste și necorelate cu prevederile caietului de sarcini din cadrul ofertei contestatoarei, având în vedere că, un astfel de demers ar fi determinat apariția unui avantaj ofertantei contestatoare, ca urmare a solicitării de clarificare, prin transformarea ofertei sale, neelaborată corespunzător documentației de atribuire (sanționată de legiuitor cu respingerea ca neconformă), într-una conformă”*.

Prin urmare, intervenienta consideră că este nefondată susținerea contestatorului potrivit căreia *„Dacă obligația de a solicita clarificări ar fi fost respectată de către comisia de evaluare, subscrisa ar fi depus Polița de asigurare seria OD nr. 2058210149/22.11.2021....pe care, din eroare, nu am depus-o în oferta inițială”*, întrucât, dacă autoritatea contractanta ar fi adresat o solicitare de clarificări privind garanția de participare, contestatorul nu ar fi adus clarificări asupra poliței transmise ci ar fi încărcat o poliță nouă, cu alt număr de înregistrare, lucru ce nu ar fi putut fi încadrat de comisia de evaluare în categoria *„clarificărilor formale sau de confirmare”*.

Contrar celor declarate de contestator, intervenienta apreciază că *„eroarea”* nu este susținută de conținutul altor informații existente, întrucât draft-ul instrumentului este parte a ofertei de asigurare și nu a poliței de asigurare. Draft-ul se transformă în instrument de garantare abia după emiterea poliței de asigurare și este însoțit prin stampila și semnătură de asigurator.

Nu în ultimul rând, aceasta subliniază faptul că documentația de atribuire este obligatorie atât pentru ofertat, în raport de prevederile art. 123 din H.G. nr. 395/2016, la momentul întocmirii ofertei, cât și pentru autoritatea contractantă, în raport de prevederile art. 132 și 133 din același act normativ, la momentul evaluării ofertelor. Astfel, autoritatea era obligată să verifice îndeplinirea cerinței privind constituirea garanției de participare de către contestator, respectând prevederile cap. III.1.6. din fișa de date, cât și principiile consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, intervenienta invocă practica comunitară și națională:

- Hotărârea în Cauza C-42/13, Cartiera dell AddaSpA vs. CEM Ambiente SpA, paragraf 42-44, prin care se reține *„Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentația acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manovat, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40)”*.

Aceasta obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul art. 2 din Directiva 2004/18.

Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparentă are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informații în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză."

- Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-27/15, în care s-a reținut la pct. 39 „conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit”, iar la punctul 42 din aceeași hotărâre, Curtea a reiterat ca „astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care le însăși le-a stabilit” și a precizat ca „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

- Decizia nr. 1573/C1/1365-1443/03.09.2020 a Consiliului, prin care se reține în raport de prevederile din fișa de date privind „modul de întocmire a propunerii tehnice” faptul că „În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art.3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede ca propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.(...)

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și 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 achiziție publică 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.”

- în cauza C-523/16, CJUE s-a pronunțat astfel: „Curtea a statuat printre altele că o solicitare de certificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, precum

și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, punctul 33)".

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține că, acceptând completarea ofertei cu avizul ISCIR al unui operator economic fără nicio calitate în cadrul prezentei proceduri de atribuire și cu informațiile privind puterea generatorului și filtrul de particule, autoritatea contractantă a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea acestui ofertant cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei dintr-o ofertă care nu respectă specificațiile tehnice din caietul de sarcini (situație sancționată potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ofertei ca conformă astfel cum a consemnat autoritatea la pag. 15 din procesul verbal nr. 19154/08.07.2020) într-o oferta admisibilă și câștigătoare."

În concluzie, intervenienta apreciază decizia autorității contractante prin care oferta depusă de ... a fost respinsă ca inacceptabilă, ca fiind temeinică și legală, motiv pentru care solicită respingerea contestației, admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință, menținerea actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În drept, aceasta invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, a Legii nr. 98/2016, a H.G. nr. 395/2016, cât și a art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă.

Prin adresa nr. 752/30.05.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 27480/30.05.2022, contestatoarea formulează *note scrise suplimentare* prin care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și respingerea ca neîntemeiată a cererii de intervenție formulate de ..., ofertantul declarat câștigător în prezenta procedură.

Contestatoarea apreciază că majoritatea apărărilor formulate de intervenient se confundă cu cele formulate de autoritatea contractantă, motiv pentru care solicită Consiliului să aibă în vedere cele învederate prin contestație și prin notele scrise anterioare.

Având în vedere că intervenientul a tratat mai detaliat anumite aspecte referitoare la presupusa încălcare a principiului tratamentului egal și al nediscriminării, precum și la obligația autorității contractante de a respecta propria documentație de atribuire, contestatoarea face următoarele precizări:

- referitor la împrejurarea că solicitarea unor clarificări prin intermediul cărora să îi fie permisă îndreptarea erorii (depunerea unei polițe referitoare la o altă procedură) ar fi condus la încălcarea principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, ... reiterează faptul că avea deja încheiat contractul de asigurare pentru această procedură la data-limită de depunere a ofertelor, la oferta fiind atașat chiar și draftul poliței pentru aceasta procedură, însoțit însă de alte documente care vizau altă procedură și care au fost depuse din eroare.

Aceasta consideră că principiile amintite ar fi fost încălcate în situația în care i s-ar fi pus la dispoziție un termen suplimentar, cu depășirea termenului-limită pentru depunerea ofertelor, perioada în care să i se fi

permis constituirea garanției de participare în condiții mai avantajoase decât restul ofertanților.

Or, astfel cum a menționat, la data-limită de depunere a ofertelor, garanția de participare pentru prezenta procedură fusese deja constituită, iar întreaga situație a fost generată de atașarea la ofertă a unor documente referitoare la o altă procedură, nu de neconstituirea garanției.

În aceste condiții, contestatoarea afirmă că solicitarea unor clarificări în vederea corectării acestui viciu de formă, pe lângă faptul că reprezintă o obligație a autorității contractante în temeiul art. 132 alin. (3) și art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, nu ar fi condus la încălcarea principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește obligația autorității contractante de a-și respecta propria documentație de atribuire, contestatoarea consideră că demersul său nu tinde în niciun caz la nerespectarea prevederilor documentației, ci la aplicarea prevederilor legale. Este de necontestat faptul că Fișa de date a achiziției prevede obligația constituirii garanției de participare, însă, în același timp, Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 prevăd proceduri clare în situația în care există fie neconcordanțe referitoare la garanția de participare, fie neclarități referitoare la ofertă în general, care ar presupune completarea ofertei prin depunerea unor documente care sunt susținute în mod neechivoc de conținutul altor informații deja existente în oferta inițială.

Pentru toate aceste motive, precum și pentru cele invocate prin contestație, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și respingerea ca neîntemeiată a cererii de intervenție.

Prin adresa nr. 761/31.05.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 27716/31.05.2022, ..., în calitate de contestatoare, formulează *note scrise suplimentare* prin care învederează Consiliului practica ... cu privire la garanția de participare într-o situație identică. Astfel, în cadrul procedurii de atribuire a contractului „Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții pe baza proiectului tip: "Construire Creșă Mare" - Construire creșă cu 110 locuri, ..." organizată în baza anunțului de participare nr. SCN1102350/07.03.2022 de către aceeași autoritate contractantă ..., comisia de evaluare a identificat o situație în care un ofertant a depus un draft al poliței „privind garanția de bună execuție”.

Contestatoarea afirmă că, cu acea ocazie, comisia de evaluare a procedat în mod corect, prin solicitarea unor clarificări și acceptarea răspunsului ofertantului, astfel cum s-a reținut prin Procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 6908L/13.04.2022:

„Comisia de evaluare a întocmit următoarele solicitări de clarificări identificate a fi necesare pe durata procesului de evaluare și le-a transmis ofertantului Asocieria ... prin adresa înregistrată la ... SA cu nr. 5977L/31.03.2022:

1. Având în vedere ca Instrumentul de garantare nr. 50BZLG21035 este un draft, am solicitat ofertantului să transmită Instrumentul de garantare însoțit de dovada plății.

Ofertantul a răspuns concludent în termenul precizat, semnat cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, prin adresa înregistrată la ... SA cu nr. 6087L/04.04.2022".

Contestatoarea apreciază că situația este identică în prezenta cauză, întrucât aceasta a depus în oferta inițială un draft al poliței aferente procedurii corecte, iar această neconcordanță referitoare la forma poliței putea fi clarificată în conformitate cu dispozițiile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, care impun autorității contractante obligația de a solicita clarificări.

Pentru toate aceste motive, precum și pentru cele invocate prin contestație, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și respingerea ca neîntemeiată a cererii de intervenție.

Prin adresa nr. 149/07.06.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 28663/07.06.2022, intervenienta, în calitate de ofertant câștigător, în conformitate cu dispozițiile art. 21 alin. (2) din Legea 101/2016 formulează *concluzii scrise* la dosarul nr. 1173/C7/2022, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și, pe fond să respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale, având în vedere considerentele:

> Decizia de respingere a ofertei depuse de ... ca inacceptabilă este temeinică și legală.

Intervenienta afirmă că, prin notele scrise prezentate, contestatorul recunoaște faptul că, în cadrul ofertei, a prezentat o poliță încheiată pentru alt obiectiv, care vizează o altă procedură, însă consideră că această eroare este un "(....) viciu care atrage aplicabilitatea art. 132 alin. 3 din HG nr. 395/2016 și implicit obligativitatea autorității de a solicita clarificări în legătură cu acest aspect". Așa cum rezultă din contestația formulată, pentru dovedirea constituirii garanției de participare, contestatorul a prezentat în cadrul ofertei Polița de asigurare de garanție pentru licitații nr. OD2058210471, întocmită de EUROINS, pentru contractul de achiziție „Proiectare faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții-Proiect pilot Sală de sport școlară, sat ..., comuna ..., județul ..., combustibil solid- cu canalizare”; ordinul de plată nr. 399 din 19.11.2021 și Draft-ul Instrumentului de garanție (fără semnătură, fără stampilă, fără număr și dată) - garanție de participare la procedura de atribuire a contractului de achiziției „Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: "Construire bază sportivă TIP 1, str. Nicolae Bălcescu nr. 14-16, oraș ..., județul ..." -V2 combustibil gaz".

Dispozițiile art. 132 alin. 3 din HG nr. 395/2016, a căror aplicabilitate se susține prevăd „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."

Din economia acestor dispoziții legale, intervenienta susține că rezultă faptul că autoritatea contractantă solicită clarificări cu privire la cuantumul și valabilitatea garanției de participare, cât și cu privire la eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare și nicidecum cu privire la îndeplinirea condițiilor de fond, respectiv la lipsa instrumentului de garantare pentru procedura în care a fost solicitat.

Prin urmare, dispozițiile anterior invocate obligă autoritatea să solicite clarificări pentru a lămuri aspecte ce țin de forma poliței de asigurare (instrumentului de garantare) și nicidecum de a solicita prezentarea unui nou document de garantare pentru contractul ce urmează a se încheia.

Astfel, intervenienta consideră că, printr-o astfel de solicitare de clarificări, prin care să permită contestatorului să prezinte un instrument de garantare pentru contractul ce urmează a se încheia, autoritatea contractantă ar fi încălcat principiul tratamentului egal, consacrat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și dispozițiile art. 209 alin. (2) din același act normativ, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”*, transformând o ofertă care nu este admisibilă, întrucât nu respectă cerința privind constituirea garanției de participare, într-una admisibilă. Prin urmare, prevederile dreptului național cât și cele ale dreptului unional prevăd obligația autorităților de a respecta principiul tratamentului egal și al proporționalității, atât la momentul întocmirii documentației de atribuire cât și la momentul evaluării ofertelor, principii care au fost respectate în prezenta procedură de către autoritatea contractantă la momentul întocmirii documentației de atribuire (prezentând clar modalitatea de constituire a garanției de participare), cât și la momentul evaluării ofertelor sub aspectul analizei documentelor privind instrumentul de garantare.

Intervenienta arată, de asemenea că, în același sens, prin Sentința civilă nr. 2570/06.12.2019, Tribunalul Cluj reține *„În ce privește pretinsa nerespectare a principiilor tratamentului egal și transparenței, consacrate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, scopul legiuitorului a fost acela de a permite tuturor ofertanților să fie informați în mod clar, pentru a putea interpreta criteriile de atribuire în același mod, și să dispună, în consecință, de aceleași oportunități în elaborarea conținutului ofertei, care să reflecte o metodologie concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare, în vederea asigurării unei selecții obiective a ofertelor și asigurării unei proceduri deschise și transparente. (...)”*

Respectarea principiului tratamentului egal presupune așadar ca, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți. Principiul tratamentului egal implică atât aspecte procedurale, cât și de drept substanțial, presupunând egalitatea de oportunități, prin definirea tuturor cerințelor cu respectarea acestui principiu.”

În acest sens, sunt și prevederile pronunțate de CJUE în cauza C-546/16. CJUE reține la pct.5 vizând interpretarea articolul 18 din directiva 2014/24, următoarele: *„Autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporționată. Conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acestora din domeniul de aplicare al prezentei directive sau restrângerea artificială a concurenței. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.”*

Totodată, intervenienta aduce în discuție și hotărârile CJUE în cauzele C-336/12, C - 42/13 și C - 131/16.

În raport de aceste considerente expuse de CJUE în hotărârile menționate, intervenienta apreciază că dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, se interpretează în sensul că autoritatea contractantă nu are dreptul să solicite clarificări atunci când aspectele de clarificat se referă la omisiunea ofertantului de a prezenta anumite documente care au fost solicitate prin documentația de atribuire, sub sancțiunea excluderii ofertei, deoarece respectarea criteriilor stabilite prin această documentație este o obligație care incumbă în primul rând autorității, obligație ce derivă din principiile egalității de tratament și al transparenței.

Intervenienta subliniază că autoritatea contractantă a solicitat prezentarea instrumentului de garantare în cuantumul și forma prevăzută la cap. III.1.6 a. pct. 1 și 9, sub sancțiunea respingerii ofertelor ca inacceptabile.

Astfel, intervenienta consideră că, din prevederile fișei de date cap. III.1.6.a), pct. 1 și 9, rezultă faptul că ofertanții vor constitui garanția în cuantum de 70.000,00 lei, în conformitate cu prevederile art. 36 din H.G. nr. 395/2016, iar dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la termenul limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în SICAP în format electronic cu semnătură electronică extinsă. De asemenea, pct. 8 din același capitol al fișei de date prevede *„Neprezentarea constituirii garanției de participare conduce la declararea ofertei ca inacceptabilă”*. Prin urmare, o solicitare de clarificări prin care să se permită prezentarea unei noi polițe de asigurare pentru obiectul prezentei proceduri, așa cum susține contestatorul, ar fi condus la încălcarea prevederilor documentației de atribuire, cât și a prevederilor principiului tratamentului egal.

Ofertanta câștigătoare apreciază că nedepunerea odată cu oferta a unui instrument de garantare valid, echivalează cu neîndeplinirea cerinței privind constituirea garanției de participare, prevăzută de cap. III.1.6.a) din fișa de date și implicit de dispozițiile art. 36 alin. 1 și 4 din H.G. nr. 395/2016 și conduce la respingerea ofertei ca inacceptabilă potrivit pct. 8 din același capitol al fișei de date, coroborat cu art. 137 alin. 92) lit. b) și k) din H.G. nr. 395/2016.

De asemenea, aceasta arată că, prin notele scrise prezentate se susține faptul că *„(...) art. 134 alin. 1 din HG nr. 395/2016 obligă*

autoritatea să stabilească și să solicite clarificări formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea ofertei. Asemenea completări pot fi primite numai în situația în care răspunsul este susținut în mod neechivoc de conținutul altor informații deja existente în oferta inițială și fără încălcarea principiilor prevăzute de Legea nr. 98/2016", aspecte care de altfel sunt corecte. Însă, în cazul contestatorului, dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 nu sunt aplicabile, întrucât, clarificarea adresată acestuia în legătură cu polița prezentată nu ar fi fost o clarificare de confirmare sau completare în raport de documentele existente, ci ar fi fost o clarificare de modificare a ofertei, în sensul de a o transforma dintr-o ofertă care nu este admisibilă în una admisibilă.

Intervenienta menționează că contestatorul, așa cum susține prin notele prezentate, ca răspuns la solicitarea de clarificări ar fi depus un nou instrument de garantare (peste termenul prevăzut în documentație), înlocuind practic documentul depus greșit în cadrul ofertei și, nicidecum nu ar fi prezentat o erată/act adițional la polița depusă prin care să corecteze informațiile greșit menționate în acesta cu privire la obiectul procedurii. Astfel, ordinul de plată și draft-ul poliței nu erau documente care să confirme prezentarea ulterioară a unei polițe pentru obiectul contractului din prezenta procedură, draft-ul era un document neînregistrat, nesemnat și ștampilat de emitent, iar ordinul se referea la două deconturi ofertă care nu erau depuse în cadrul ofertei contestatorului.

Intervenienta apreciază că respectivele documente nu sunt *„suficiente indicii în sensul ca subscrisa a încheiat polița corectă și că depunerea unei polițe referitoare la altă procedură este o simplă eroare”,* cum greșit susține contestatorul, întrucât, pe de o parte, instrumentul de garanție pentru prezenta procedură trebuia depus în forma solicită (respectiv confirmat de emitent) cel târziu la momentul depunerii ofertei și, pe de altă parte că, potrivit art. 125 din H.G. nr. 395/2016, riscul întocmirii ofertei este în sarcina ofertantului.

În acest context, aceasta consideră că o astfel de solicitare de clarificări ar fi fost contrară dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a principiului tratamentului egal, întrucât prin documentația de atribuire, se prevede, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă, prezentarea unui document de garanție la momentul depunerii ofertei asumat de emitent.

De asemenea, prin notele prezentate se susține faptul că, într-o altă procedură autoritatea contractantă a înțeles să solicite clarificări unui ofertant în vederea depunerii poliței, în original, aferentă instrumentului depus în cadrul ofertei. Intervenienta susține că decizia autorității contractante din respectiva procedură nu are relevanță în prezenta procedură, întrucât acesta este raportat la prevederile documentației de atribuire și documentele prezentate de ofertanți pentru îndeplinirea acestor, în procedura analizată. Altfel spus, situația din respectiva procedură este raportată la cerințele documentației de atribuire aferente procedurii respective, cât și la documentele prezentate de ofertanți pentru demonstrarea cerinței pentru care se solicită clarificări.

În concluzie, față de considerentele prezentate prin cerere de intervenție cât și prin prezentele concluzii, intervenienta consideră că decizia autorității contractante prin care oferta depusă de ... a fost respinsă ca inacceptabilă, este temeinică și legală, motiv pentru care solicită respingerea contestației, admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință menținerea actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În drept, aceasta invocă dispozițiile art. 21 alin. (2) din Legii nr. 101/2016, a Legii nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: «Construire bază sportivă TIP 1, str. Nicolae Bălcescu, nr. 14-16, oraș ..., județul ...»-V2 combustibil gaz*”, cod CPV 45200000-9 – Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului publicitar nr. SCN1092361/03.09.2021.

Conform anunțului publicitar și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare este de 7.037.987,88 lei, fără TVA.

Potrivit *Raportului procedurii nr. 8936L/10.05.2022*, oferta depusă de asocierea ... a fost respinsă ca inacceptabilă.

Urmare a luării la cunoștință despre rezultatul procedurii, ..., în calitate de lider al asocierii ... a formulat contestația în analiză.

Analizând criticile formulate de asocierea contestatoare, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de decizia achizitoare de respingere a ofertei depuse de asocierea în discuție, contestatoarea apreciind decizia adoptată de membrii comisiei de evaluare ca fiind netemeinică.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere, ca o chestiune prealabilă, faptul că, după depunerea contestației de către ..., în calitate de lider al asocierii, lider al asocierii ... a depus *Cerere de intervenție nr. 137/26.05.2022*, înregistrată la Consiliu cu nr. 27112/27.05.2022, prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție, iar, pe fond, respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de către ..., Consiliul are în vedere că în ceea ce îl privește pe intervenient, interesul acestuia este evident în condițiile în care oferta sa ocupă locul I, conform *Raportului procedurii nr. 8936L/10.05.2022*, motiv pentru care va admite, în principiu, cererea intervenție formulată de acesta și o califica ca fiind accesorie, în condițiile în care intervenția vizează menținerea deciziei autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 17 alin. (3) și

art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației”* și având în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de către asocieria ..., la data de 18.05.2022, Consiliul constată că cererea de intervenție aparținând asocierii interveniente este formulată în cadrul termenului legal.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a ..., împreună cu contestația formulată de ...

Trecând la analiza celor mai sus reclamate, se reține că motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de asocieria, l-a constituit potrivit actului nr. 24041/10.05.2022 de comunicare a rezultatului procedurii următorul:

„Prin prezenta vă facem cunoscut ca oferta prezentată de către dumneavoastră, pentru procedura de atribuire a contractului de achiziție publică derulată prin procedura simplificată, având ca obiect: Proiectare, execuție lucrări și asistența tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: "Construire baza sportivă TIP 1, str. Nicolae Balcescu, nr. 14-16, oras ..., județul ..." - V2 combustibil gaz, a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 137 alin (2) litera b) și litera k) din Normele Metodologice aprobate prin HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, deoarece aceasta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire iar ofertei îi lipsește una din cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. Hh) din Lege.

La baza acestei decizii au stat următoarele:

Dumneavoastră ați prezentat polița de asigurare nr. OD 2058210471 emisă de EUROINS ROAAANIA ASIGURARE REASIGURARE SA având nr. invitație SCN1093360 pentru obiectivul: Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistența tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții: Proiect pilot- sala de sport școlară, sat ..., comuna ..., județul ..., combustibil SOLID-cu canalizare.

Astfel comisia de evaluare a constatat că nu ați îndeplinit condițiile prevăzute la art. 36 alin (4) din normele Metodologice aprobate prin HG 395/2016 potrivit căruia „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”, **polița de asigurare depusă, fiind pentru un alt obiectiv.**

Oferta castigatoare Asocieria ... (...).”

Argumentele aduse de asocieria contestatoare în favoarea criticilor formulate se bazează pe faptul că oferta depusă este admisibilă și conformă, iar actele contestate sunt netemeinice întrucât autoritatea contractantă nu și-a respectat obligația de a clarifica situația ivită.

Autoarea contestației a adăugat că, în cazul neconcordanțelor privind condițiile de formă ale garanției de participare, comisia de evaluare are obligația de a solicita clarificări ofertantului - în cazul supus atenției Consiliului fiind vorba despre o poliță care nu se referea la contractul care

urmează a fi atribuit în această procedură, deci o poliță care nu respecta condițiile de forma impuse de lege și de documentația de atribuire.

Astfel, concluzia la care ajunge contestatoarea este aceea că, dacă obligația de a solicita clarificări ar fi fost respectată de către comisia de evaluare, asocierea contestatoare ar fi depus *Polița de asigurare seria OP nr. 2058210149/22.11.2021 aferentă acestei proceduri, încheiata anterior datei-limita pentru depunerea ofertelor, înscris pe care, din eroare, nu l-a depus în oferta inițială.*

Consiliul va reține în soluționare și argumentele aduse de autoritatea contractantă, respectiv faptul că, urmare a analizării documentelor prezentate, comisia de evaluare a constatat că asocierea contestatoare nu a făcut dovada, la data și ora-limită de depunere a ofertelor, că a constituit garanția de participare pentru obiectivul de investiții care face obiectul prezentei proceduri, motiv pentru care a decis respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că nu se impunea nicio solicitare de clarificări, deoarece rezulta fără putere de tăgadă faptul că nu există nicio concordanță între garanția prezentată de către contestator în SEAP și garanția solicitată de achizitoare, acestea neavând niciun punct comun, sens în care nu se justifică solicitarea de clarificări.

Consiliul consideră util a reda conținutul înscrisurilor depuse de asocierea ..., respectiv:

- Poliță de asigurare de garanție nr. OD 2058210471 pentru licitații emisă de către EUROINS ROMANIA ASIGURARE REASIGURARE S.A. pentru procedura „Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții: *Proiect pilot-sală de sport școlară, sat ..., comuna ..., județul ..., combustibil SOLID-cu canalizare*”, nr. invitație SCN1093360; valoare estimată contract: 6,556,708.06 RON, valabilitate ofertă: 22.11.2021 până la 22.11.2022:

- Polița de asigurare de garanție pentru licitații a fost însoțită de condițiile generale;

- Draft poliță-Garanție de participare la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică „Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: «Construire bază sportivă TIP 1, str. Nicolae Bălcescu, nr. 14-16, oraș ..., județul ...»- V2 combustibil gaz”, emis de EUROINS;

- ordinul de plată nr. 399/19.11.2021:

.....

Din examinarea documentelor mai sus redate se constată că, într-adevăr, polița de asigurare depusă este aferentă unui alt obiectiv, respectiv „Obiect Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistenta ofertă tehnica din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții: *Proiect pilot-Sala de sport școlara,*

sat ..., comuna ..., județul ..., combustibil SOLID-cu canalizare” în condițiile în care obiectul prezentei achiziții îl constituie “Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: «Construire bază sportivă TIP 1, str. Nicolae Bălcescu, nr. 14-16, oraș ..., județul ...»-V2 combustibil gaz”.

Raționamentul conturat de asocierea contestatoare, precum că, suplimentar obligației prevăzute de art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări și în temeiul art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, urmând ca răspunsul primit să fie catalogat ca fiind o îndreptare a unui viciu de formă, susținut în mod neechivoc de documentele prezentate inițial (de Draftul poliței garanției de participare și dovada achitării poliței corecte), cu respectarea dispozițiilor art. 135 din H.G. nr. 395/2016, nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos prezentate.

Se are în vedere faptul că, așa cum a fost anterior reținut, achizitoarea, prin membrii comisiei de evaluare au consemnat următoarele aspecte în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 12533 L/23.11.2021 privind evaluarea garanției de participare:*

„Poliță de asigurare emisă de EUROINS, seria OD nr.2058210471 valabilă până la 22.11.2022, instrument irevocabil și necondiționat.

Ofertantul a prezentat Poliță de asigurare având nr. de invitație SCN 1093360 și pentru obiectivul: „Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții: *Proiect pilot-sală de sport școlară, sat ..., comuna ..., județul ..., combustibil SOLID-cu canalizare*”, De asemenea în polița de asigurare nu se regăsește valoarea garanției (suma asigurată).

Având în vedere cele menționate, comisia de evaluare respinge oferta ca inacceptabilă în baza art. 137 alin (2) litera b) și litera k) din Normele Metodologice aprobate prin HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, deoarece aceasta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unu sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire iar ofertei îi lipsește una din cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. Hh) din Lege.”

Aprecierea și abordarea asocierii contestatoare vizavi de incidența și aplicabilitatea dispozițiilor art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 și art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora achizitoarea, prin membrii comisiei de evaluare aveau obligația clarificării instrumentului de garantare depus de asociere, nu sunt întemeiate.

Nu i se poate reproșa nimic autorității contractante care, luând la cunoștință despre eroarea semnalată vizavi de faptul că polița de asigurare depusă, este pentru un alt obiectiv, a apreciat că nu se impunea nicio solicitare de clarificări, deoarece nu a identificat nicio concordanță între garanția prezentată de către contestator în SEAP și garanția solicitată de achizitoare. Este just și raționamentul care a stat la baza nesolicitării unei eventuale clarificări, respectivul fapt că atâta vreme cât între cerințele din documentația de atribuire vizavi de garanția de participare și elementele stipulate în cuprinsul poliței de asigurare depuse, nu a existat nicio corelare, autoritatea contractantă apreciind că o eventuală solicitare de clarificare, așa cum susține contestatoarea putea fi adresată **numai** în situația în care garanția de participare era depusă conform cerințelor documentației de atribuire și conform prevederilor art. 36 alin. (4) H.G nr. 395/2016, iar cu privire la instrumentele de garantare depuse se constatau neconcordanțe

referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă, quantum și valabilitate, situație reglementată de art. 132 alin. (3) din actul normativ anterior amintit.

Practic autoarea contestației se prevalează de propria culpă, respectiv depunerea unui instrument de garantare aferent altui obiectiv, pe considerentul că, depunerea poliței de asigurare greșite a fost rezultatul unei erori materiale, pentru a-i reproșa autorității contractante faptul că nu a solicitat clarificarea acestei erori materiale, fiind o îndreptare a unui viciu de formă, susținut în mod neechivoc de documentele prezentate inițial (*de Draftul poliței garanției de participare și dovada achitării poliței corecte*), cu respectarea dispozițiilor art. 135 din H.G. nr. 395/2016,

Este adevărat faptul că dispozițiile art. 132 alin. (3) și art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 prevăd posibilitatea clarificării/completării documentelor depuse, în condițiile precizate.

Însă, contrar celor susținute de contestatoare, respectiv că în cazul special al neconcordanțelor privind **condițiile de formă** ale garanției de participare, comisia de evaluare are obligația de a solicita clarificări ofertantului - *în cazul supus atenției Consiliului fiind vorba despre o poliță care nu se referea la contractul care urmează a fi atribuit în aceasta procedura, deci o poliță care nu respecta condițiile de forma impuse de lege și de documentația de atribuire*, în speța analizată autoritatea contractantă nu s-a aflat în situația descrisă de dispozițiile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, care prevede faptul că „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 quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă” atâta vreme cât niciunde în cuprinsul înscrisului *Poliței de asigurare de garanție pentru licitații emisă de către EUROINS* nu se identifică eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare și nici vizavi de quantumul sau valabilitatea garanției.

În mod similar, nici situația descrisă de dispozițiile art. 135 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 nu se circumscrie speței analizate, respectivele dispoziții invocate de contestatoare vizează posibilitatea acceptării corectării/completării a erorilor, omisiunilor din cadrul unui document, cu condiția ca respectiva corectare/completare să fie susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Ori cele susținute de asocierea contestatoare, în favoarea argumentării că se impunea acceptarea completării ofertei în cazul în care documentul adus în completare este susținut în mod neechivoc de conținutul altor informații existente inițial în cadrul ofertei - *În acest sens, subscrisa a depus în cadrul documentelor de calificare „Instrumentul de garantare -*

Draft polița garanție de participare" emis de Euroins care însoțește Polița de asigurare seria OD nr. 2058210149/22.11.2021 și care prevede în mod expres aceasta procedura de atribuire și dovada plății acesteia, nu sunt judicioase, Consiliul constată că niciunde în documentul Instrumentul de garantare - Draft polița garanție de participare" emis de Euroins nu se identifică că acest draft însoțește Polița de asigurare seria OD nr. 2058210149/22.11.2021.

Aprecierea contestatoarei, potrivit căreia depunerea poliței de asigurare greșite a fost rezultatul unei erori materiale, însă atâta vreme cât din conținutul altor informații existente inițial în cadrul ofertei rezultă fără echivoc faptul că asocierea a contractat cu EUROINS o poliță de asigurare pentru îndeplinirea cerinței privind garanția de participare și pentru prezenta procedura, nu este susținută, în cuprinsul respectivului înscris - *Draft poliță-Garanție de participare la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică*, nu se identifică niciun element care să conducă la temeinicia celor susținute de contestatoare, nefiind precizat că acest draft însoțește *Polița de asigurare seria OD nr. 2058210149/22.11.2021*, este consemnat: „*Instrument de garantare seria OD nr. ... /....*”.

Mai mult este de punctat și natura juridică a acestui înscris, respectiv reprezintă „**Draft Poliță**”, iar acest draft este parte a ofertei de asigurare și nu a poliței de asigurare, neavând forța juridică a instrumentului de garantare.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante precizările autoarei intervenției, potrivit cărora „*Draft-ul se transformă în instrument de garantare abia după emiterea poliței de asigurare și este însușit prin stampila și semnătură de asigurator*”.

În mod similar sunt edificatoare și susținerile achizitoarei, potrivit cărora „*(...) la Cap. IV.4.3 „Modul de prezentare al ofertei” din fișa de date este stipulat faptul că înainte de depunerea ofertei în SEAP, operatorii economici vor depune toate diligențele pentru asigurarea accesibilității și funcționalității pentru toate componentele acesteia (fișierele conținând propunerea tehnică, propunerea financiară, garanția de participare) pentru a facilita accesul comisiei de evaluare la oferta, în integralitatea ei. Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, cad în sarcina operatorului economic”, astfel încât, ofertantul nu-și poate invoca propria culpa potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”.*

În mod similar sunt relevante și susținerile autoarei intervenției, potrivit cărora:

Prin urmare, intervenienta consideră că este nefondată susținerea contestatorului potrivit căreia „*Dacă obligația de a solicita clarificări ar fi fost respectată de către comisia de evaluare, subscrisa ar fi depus Polița de asigurare seria OD nr. 2058210149/22.11.2021....pe care, din eroare, nu am depus-o în oferta inițială*”, întrucât, dacă autoritatea contractanta ar fi adresat o solicitare de clarificări privind garanția de participare, contestatorul nu ar fi adus clarificări asupra poliței transmise ci ar fi încărcat o poliță nouă, cu alt număr de înregistrare, lucru ce nu ar fi putut fi încadrat de comisia de evaluare în categoria „*clarificărilor formale sau de confirmare*”.

Contrar celor declarate de contestator, intervenienta apreciază că „eroarea” nu este susținută de conținutul altor informații existente, întrucât draft-ul instrumentului este parte a ofertei de asigurare și nu a poliței de asigurare. **Draft-ul se transformă în instrument de garantare abia după emiterea poliței de asigurare și este însușit prin stampila și semnătură de asigurator.**

Așadar, luând act de documentele prezentate, în mod temeinic comisia de evaluare a constatat faptul ca asocierea contestatoare nu a făcut dovada, la data și ora-limită de depunere a ofertelor, că a constituit garanția de participare pentru obiectivul de investiții care face obiectul prezentei proceduri, motiv pentru care a decis respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă.

Trimiterile atât ale autoarei contestației/autorității contractante precum și ale autoarei intervenției la jurisprudența invocată în favoarea argumentelor aduse vizavi de temeinicia/netemeinicia soluției adoptate de achizitoare, nu va fi reținută în soluționare, Consiliul se pronunță doar asupra aspectelor cu care a fost investit și în baza documentelor aflate la dosarele cauzelor, situațiile de fapt pe care au fost bazate respectivele decizii nu sunt identice cu cele din speță, iar, pe de altă parte, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

După cum s-a reținut mai sus toate riscurile ce decurg din întocmirea ofertei aparțin ofertanților, autoritatea contractantă trebuind să realizeze evaluarea ofertelor pe documente și informații care pot fi probate, și nu pe asigurările date de un ofertant.

În concluzie, Consiliul achiesează la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de inacceptabilitate a ofertei depuse în cauza expusă și susține că ofertanții au obligația de a întocmi ofertele cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, după cum rezultă din dispozițiile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”*.

În aceste condiții, Consiliul nu poate reține încălcarea vreunor obligații legale în ceea ce privește modul de evaluare, de către comisia de evaluare, a ofertei prezentate de asocierea ..., motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de autoarea contestației în acest sens și va menține rezultatul procedurii stabilit prin Raportul procedurii nr. 8936L/10.05.2022.

În atari condiții, respingerea ofertei depuse de asocierea ... , fiind legală, cele susținute de contestatoare sunt nefondate.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ..., în contradictoriu cu ...

Pe cale de consecință, având în vedere soluția pronunțată pe fondul cauzei, Consiliul admite cererea de intervenție nr. 137/26.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 27112/27.05.2022 formulată de ..., lider al asocierii ...

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul ..., ca nefondată.

Admite cererea de intervenție nr. 137/26.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 27112/27.05.2022 formulată de ..., lider al asocierii ... , cu sediul în ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor în ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...