

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, în calitate de lider al asocierii, cu sediul social în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având Cod de Identificare Fiscală, atribut fiscal RO, reprezentată legal de administrator ..., împotriva actelor și măsurilor nelegale adoptate de, cu sediul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, cod CPV principal 71322000-2 Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. ..., a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia (incluzând, dar fără a se limita la raportul procedurii nr. și la procesele verbale de evaluare corespunzătoare) precum și a tuturor și oricăror acte subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, de la etapa verificării documentelor de calificare și selecție, în speță a garanției de participare la licitație, cu consecința declarării acesteia drept acceptabilă.

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 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, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea prezintă scurte precizări privind situația de fapt. Aceasta arată că pentru demonstrarea constituirii și depunerii garanției de participare, așa cum a fost solicitată în fișa de date a achiziției Secțiunea III.1.6.a) a depus Polița de asigurare de garanție pentru participarea la licitație Seria nr., din data de, emisă de

Contestatoarea precizează că, prin adresa nr. din data de, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificarea modalității de constituire a garanției de participare în baza poliței seria ... și nr. din data

de deoarece în conținutul acesteia nu este menționat că aceasta acoperă, în mod solidar, toți membrii grupului de operatori economici contrar cerinței din Fișa de date a achiziției, Secțiunea II 1.1.6. a) Garanție de participare.

Susține că prin adresa nr. a comunicat autorității contractante că s-a comis o eroare de completare, transmițând actul adițional nr. 1 la polița seria nr. prin care s-a îndreptat eroarea materială, în sensul că s-a făcut mențiunea că garanția de participare acoperă, în mod solidar, toți membrii grupului de operatori economici, restul clauzelor rămânând în vigoare.

Totodată, susține că a învederat că polița de asigurare acoperă, în solidar, toți membrii asociați și nicidecum doar pe vreunul dintre aceștia luat individual. Mai mult decât atât, a arătat că acoperirea solidară a asocierii rezultă din toate clauzele poliței, unde s-a menționat că:

„a) ASIGURATUL (OFERTANTUL Asocierea SC - Lider și - Asociat) și-a retras oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b) Oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul Asocierea SC - Lider și - Asociat nu constituie garanția de bună execuție;

c) Oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul Asocierea SC - Lider și - Asociat a refuzat să semneze contractul achiziție publică în perioada de valabilitate a ofertei”.

Autoarea contestației precizează că, prin adresa nr., a solicitat autorității contractante să evalueze răspunsurile sale, ținând cont că acestea se încadrează în prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Aceasta arată că membri comisiei de evaluare au consemnat în cadrul raportului procedurii nr., publicat în formă revizuită în SEAP în date de, faptul că prin răspunsul transmis la solicitarea de clarificări nr., asocierea confirmă faptul că documentul solicitat nu îndeplinește condițiile de formă prevăzute în documentele achiziției, modificând prin Actul adițional nr. ... din contractul de asigurare, pentru a asigura conformarea cu solicitările din fișa de date, astfel oferta sa va fi declarată inacceptabilă. De asemenea, arată că autoritatea contractantă a avut în vedere și dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea consideră că decizia autorității contractante de a declara oferta sa ca inacceptabilă este netemeinică și nelegală, fiind o încercare evidentă de înfrângere a integrității procesului de achiziție publică cu nesocotirea tuturor reglementărilor legale în materie, prin urmare nelegală și abuzivă.

În susținere, invocă dispozițiile art. 135 și 137 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, arată că raportat la dispozițiile art. 35 și 36 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea

contractantă nu are dreptul de a respinge o ofertă decât în cazul în care garanția nu este în cuantumul precizat, nu are forma (virament bancar/instrument de garantare emis de o societate bancară ori de o societate de asigurări) solicitată sau are o perioadă de valabilitate mai mică decât cea solicitată.

Aceasta precizează că garanția de participare prezentată este constituită în forma, are cuantumul și durata de valabilitate solicitate, folosind întocmai Formularul nr. 1 - Scrisoarea de garanție (*în format pdf (needitabil) - în cuprinsul căruia nu există mențiunea că polița acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici*), care emană de la autoritatea contractantă și care prevede elementele minimale ale garanției de participare.

Susține că potrivit principiului de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, autoritatea contractantă nu poate invoca propria culpă ca motiv al descalificării ofertei sale.

Concluzionând, susține că rezultă fără echivoc faptul că garanția de participare, constituită prin polița de asigurare seria nr. din data de împreună cu Formularul nr. 1 - Scrisoarea de garanție, exact așa cum a fost acesta pus la dispoziția potențialilor ofertanți de către autoritatea contractantă, respectă integral cerințele documentației de atribuire.

Autoarea contestației precizează că oferta sa a fost respinsă pe motiv de ordin formalist, cu scop vădit de denaturare a concurenței și de favorizare a ofertantului concurent - clasat pe locul I, încălcând prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În drept, sunt invocate dispozițiile art. 8 alin.(1) din Legea nr. 101/2016, precum și cele ale art. 35 și 36 din HG nr. 395/2016.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea ca neîntemeiată a contestației și menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ca fiind temeinice și legale, în ceea ce privește oferta depusă de asocierea

Autoritatea contractantă arată că oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă având în vedere faptul că ofertantul nu a prezentat garanția de participare sub forma solicitată în fișa de date, Secțiunea III.1.6. având următoarele argumente :

- în cadrul poliței de asigurare seria și nr. din data de 09.03.2021 sau în Formularul nr. 1 nu este menționat că aceasta acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici, așa cum s-a solicitat în cadrul fișei de date a achiziției, Secțiunea III. 1.6.a);

- recunoașterea erorii materiale de către Asigurătorul și îndreptarea ei printr-un act adițional la polița de asigurare - document care modifică polița de asigurare. Mai mult, invocarea ofertantului că aceste informații se regăsesc în cuprinsul altor documente depuse este

nefundamentată și irelevantă. Niciunde în cuprinsul poliței de asigurare și a Formularul nr. 1 - nu apare mențiunea din fișa de date, respectiv acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici;

- art. 36 din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă arată următoarele:

I. În precizările privind situația de fapt, introduse la punctul 3): *„Fiind interesată de participarea la procedura de atribuire menționată, subscrisa am depus oferta în cadrul procedurii, în deplină conformitate cu prevederile documentației de atribuire”*, contestatoarea omite cu bună-știință nerespectarea următoarei cerințe din fișa de date, Secțiunea III. 1.6.a): *„În cazul participării în comun la procedura de atribuire, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici”*, fapt demonstrat de contestatoare, având în vedere prezentarea actului adițional nr. din ... (ulterior datei limită de depunere a ofertelor), care menționează: *„Prin prezentul act adițional părțile convin să modifice contractul de asigurare (polița de asigurare, instrumentul de garantare și condițiile de asigurare)”*.

II. În continuarea argumentației sale, *„pentru demonstrarea constituirii și depunerii garanției de participare, așa cum a fost solicitată în invitația de participare nr. și în Fișa de date a achiziției Secțiunea III.1.6.a)”*, contestatoarea enumeră toate elementele de conformitate ale garanției de participare prezentate până la data limită de depunere a ofertelor.

Precizează că, în completare, se arată faptul că, prin adresa nr., s-a transmis actul adițional nr. la polița seria nr. prin care, contrar afirmațiilor contestatoarei conform cărora s-a îndreptat eroarea materială, în fapt s-a admis atât de către asigurator cât și de către asigurat că polița depusă până la data limită de depunere a ofertelor nu acoperă, în mod solidar, toți membrii grupului de operatori economici, drept pentru care s-a recurs la modificarea prin act adițional, pentru îndeplinirea cerinței din fișa de date Secțiunea III. 1.6.a.

III. Referitor la prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă, pe baza formulării din Actul adițional nr. 1 la polița seria nr. nu poate considera modificarea prezentată ca fiind o clarificare/completare formală sau de confirmare, așa cum se exprimă legiuitorul în cuprinsul art. 134 din HG nr. 395/2016 deoarece admiterea justificării propuse de contestatoare ar contraveni principiilor privind tratamentul egal și asumarea răspunderii, precum și a prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016.

IV. Referitor la invocarea dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, conform cărora comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă, autoritatea contractantă consideră că:

- nu este susținută de sensul și conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de asocierea (fapt învedereat de formularea „Prin prezentul act adițional părțile convin să modifice contractul de asigurare-de asigurare, instrumentul de garantare și condițiile de asigurare”), așa cum reiese din documentele prezentate;

- nu poate fi considerat viciu de formă, așa cum consideră contestatoarea, în mod subiectiv, având în vedere dispozițiile art. 135 din HG nr. 395/2016.

V. Referitor la principiul de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, utilizarea echivocă a acestuia, de către asocierea, este utilă cauzei, deoarece face să apară evidentă aplicarea sa în cazul contestatoarei, având în vedere faptul că acest principiu nu este investit ca prim atribut cu funcție sancționatorie, ci este un principiu mai mult disuasiv ce edictează conduita morală și licită de urmat în cadrul raporturilor juridice, așa cum a avut în vedere autoritatea contractantă prin expunerea clară, concisă și fără echivoc în fișa de date a condițiilor pe care instrumentul de garantare depus de ofertanți trebuie să le îndeplinească.

VI. Referitor la prezentarea în cuprinsul contestației a elementelor de conformitate ale garanției de participare, autoritatea contractantă consideră enumerarea ca fiind subiectivă, cu rolul de a induce în eroare deoarece nu acestea au stat la baza deciziei de respingere a ofertei, ci elementele de neconformitate.

În ceea ce privește alegațiile de denaturare a concurenței și de favorizare a ofertantului concurent, autoritatea contractantă arată că nu dorește să exprime un punct de vedere, considerând demersul ca fiind realizat cu rea-credință, iar elementele procesului de evaluare la care se face referire se regăsesc în Raportul procedurii publicat în SEAP.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), a fost inițiată de în data de 25.02.2021, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii contractului având ca obiect „Servicii de proiectare faza Proiect Tehnic, asistență tehnică din partea proiectantului pentru proiectul de investiții Măsură integrată de regenerare a spațiilor publice urbane și de îmbunătățire a serviciilor educaționale și cultural-recreative din", prin transmiterea spre publicare în SEAP, a anunțului de participare, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ... ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată a contractului fiind de lei, fără TVA.

Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de lei.

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii, nr., oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă, întrucât „ofertantul nu a prezentat garanția de participare sub forma solicitată de autoritatea contractantă (...) să menționeze că acoperă în mod solidar toți membri grupului de operatori economici (...)”.

Potrivit art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016: „(3) 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”.

Consiliul constată că, la data de ..., prin adresa nr., autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei, următoarele: „(...) clarificați modalitatea de constituire a garanției de participare în baza poliței cu seria și nr. din data de deoarece în conținutul acesteia nu este menționat că garanția de participare acoperă în mod solidar toți membri grupului de operatori economici contrar cerinței din fișa de date a achiziției (...)”.

Prin adresa nr., contestatoarea a răspuns solicitării autorității contractante, astfel: „s-a comis o eroare de completare și vă comunicăm următoarele: Asiguratorul a îndreptat eroarea materială prin emiterea actului adițional nr. la polița seria nr. în care se menționează că garanția de participare acoperă în mod solidar toți membri grupului de operatori economici, act adițional pe care vi-l atașăm la prezenta (...) precizăm autorității contractante că înscrisurile (polița garanție de participare licitație seria nr., instrumentul de garantare, dovada plății și actul adițional nr.) îndeplinesc cerințele prevăzute în documentația de atribuire referitoare la modalitatea de constituire a garanției de participare (...)”.

Analizând conținutul poliței de asigurare, depusă, de către contestatoare, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, Consiliul constată că a fost depusă Polița de asigurare seria nr., emisă de, din cadrul căreia lipsește mențiunea: „garanția de participare acoperă în mod solidar toți membri grupului de operatori economici”, iar, ca urmare a cererii de clarificări, contestatoarea a depus actul adițional

nr., la polița seria nr., în care se menționează că „garanția de participare acoperă în mod solidar toți membri grupului de operatori economici”.

Raportat la situația prezentată, Consiliul constată temeinicia contestației, în condițiile în care legiuitorul permite comisiei de evaluare să clarifice orice neconcordanță cu privire la condițiile de formă, cuantumul și valabilitatea garanției de participare prezentată de ofertanți, în termenul prevăzut la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Constituirea garanției de participare are rolul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător din partea ofertanților pe parcursul procedurilor de atribuire. Obligatorietatea constituirii garanției de participare reprezintă garanții stabilite de dispozițiile legale în vederea ocrotirii intereselor autorităților contractante împotriva exercitării abuzive sau cu rea credință a drepturilor și obligațiilor de care beneficiază ofertanții participanți în cadrul unor proceduri de achiziție publică, fiind incidente, în acest caz, dispozițiile HG nr. 395/2016, respectiv:

- art. 35: „(1) Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire. (2) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare. (3) Anunțul de participare/ simplificat/de concurs trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare: a) valoarea, ce nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent; b) perioada de valabilitate care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire”;

- art. 36 alin. (1), (2), (3) și (4): (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 sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire. (3) Garanția trebuie să fie irevocabilă. (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”.

Or, în speță, prin prezentarea de către contestatoare, a actului adițional nr., la polița seria nr., cu mențiunea: „garanția

de participare acoperă în mod solidar toți membri grupului de operatori economici”, conform documentației de atribuire, autoritatea contractantă este protejată de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului. Acceptarea acestui document reprezintă, în fapt, eliminarea neconcordanței constatate în polița de asigurare, depusă inițial, respectiv lipsa mențiunii: „garanția de participare acoperă în mod solidar toți membri grupului de operatori economici”, situație permisă/prevăzută, în mod expres, de dispozițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că, în mod eronat, autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei, contestația formulată fiind întemeiată.

Luând în considerare aspectele prezentate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va admite contestația formulată de, în contradictoriu cu și va anula raportul procedurii și adresele de comunicare, în partea ce privește respingerea ofertei contestatoarei. Totodată, va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de maximum 20 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la continuarea procedurii, cu luarea în considerare a ofertei contestatoarei, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu și anulează raportul procedurii și adresele de comunicare, în partea ce privește respingerea ofertei contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă, ca în termen de maxim 20 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la continuarea procedurii, cu luarea în considerare a ofertei contestatoarei, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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,

.....