



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația nr.42/28.02.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.7860/28.02.2020, formulată de ..., cu sediul în localitatea ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI RO 3..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr.618/25.02.2020, transmisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de lucrări având ca obiect „...”, s-a solicitat anularea comunicării susmenționată și a deciziei prin care oferta depusă de ... a fost declarată inacceptabilă, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.618/25.02.2020, transmisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de lucrări având ca obiect „...”, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... precizează că, ulterior depunerii ofertelor și desfășurării activității de evaluare a acestora, autoritatea contractantă i-a solicitat, prin adresa nr.260/27.01.2020, clarificări cu privire la polița de asigurare de garanții seria.AX nr.077600/20.01.2020, în ceea ce privește îndeplinirea prevederilor art.36 alin.2 din H.G.

nr.395/2016, având în vedere că perioada de valabilitate a poliței de asigurare este de la 20.01.2020 până la 21.05.2020, iar termenul de valabilitate prevăzut în documentația de atribuire este de 23.05.2020.

Contestatorul precizează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, a confirmat că îndeplinește toate condițiile de formă prevăzute în documentația de atribuire cu privire la garanția de participare raportat la data limită de depunere a ofertelor, prin transmiterea actului adițional al poliței nr.1/27.01.2020, la polița de garanție nr.077600/ 20.01.2020, cu prelungirea valabilității ofertei de la 22.05.2020 la 23.05.2020.

Astfel, contestatorul apreciază că scopul constituirii garanției de participare de a proteja autoritatea contractantă de un eventual comportament necorespunzător al ofertanților a fost atins având în vedere prevederile art.132 alin.3 din H.G. nr.395/2016.

Cu toate acestea, arată contestatorul, prin adresa nr.618/25.02.2020, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul prevederile art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr.395/2016, temei care, în opinia sa, nu este incident, deoarece oferta sa nu a fost evaluată fiind respinsă în etapa de verificare a garanțiilor de participare.

În aceste condiții, contestatorul apreciază că se impune anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire ca fiind nelegală, întrucât în urma solicitării de clarificări, a prelungit perioada de valabilitate a ofertei în conformitate cu anunțul de participare, respectiv până la data de 23.05.2020.

Față de cele menționate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă Legea nr.101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.728/02.03.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.8344/03.03.2020, ...a solicitat respingerea contestației formulată de ..., ca nelegală și netemeinică.

În cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că, prin adresa nr.260/27.01.2020, a solicitat contestatorului clarificări cu privire la perioada de valabilitate a garanției de participare, în conformitate cu prevederile art.132 alin.3 din H.G. nr. 395/2016, precizând că zilele de 24, 25 și 26 ianuarie 2020 au fost zile nelucrătoare.

La solicitarea de clarificări contestatorul a răspuns, după cum se arată, prin adresa nr.279/28.01.2020, transmitând Actul adițional nr.1/27.01.2020 la polița seria AX nr. 077600, de prelungire a valabilității garanției de participare până la data de 23.05.2020.

În urma analizării documentelor transmise, s-a constatat, după cum se arată, că valabilitatea garanției de participare prevăzută în documentația de atribuire nu este respectată, drept care oferta depusă de ... a fost declarată inacceptabilă, fiind incidente dispozițiile art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr. nr.395/2016, întrucât Polița de asigurare de

garanții seria AX nr. 077600/20.01.2020, depusă la data deschiderii ofertelor, nu acoperea perioada de valabilitate a ofertei.

Referitor la critica ce vizează temeiul legal în baza căruia oferta depusă de ... a fost respinsă ca inacceptabilă, autoritatea contractantă învederează faptul că a solicitat ofertantului să specifice cum îndeplinește cerința legată de garanția de participare din documentele prezentate și încheiate până la data deschiderii ofertelor, respectiv 23.01.2020, însă acesta a încheiat în data de 27.01.2020, ulterior datei deschiderii ofertelor, un act adițional de prelungire a perioadei de valabilitate a garanției de participare.

Având în vedere prevederile art.209 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă a considerat, după cum susține, că acceptarea actului adițional prezentat de ..., încheiat după perioada de deschidere al ofertelor, ar fi o încălcare a principiul tratamentului egal prevăzut de art.2 alin.2 din Legea nr.98/2016, întrucât valabilitatea garanției de participare prevăzută în documentația de atribuire nu a fost respectată, motiv pentru care oferta a fost declarată inacceptabilă, fiind incidente dispozițiile art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr. 395/2016.

Referitor la susținerea contestatorului potrivit căreia temeiul legal în baza căruia a fost respinsă oferta sa nu este incident, întrucât oferta sa nu a fost evaluată fiind respinsă în etapa de verificare a garanțiilor de participare, autoritatea contractantă precizează că verificarea garanțiilor de participare se încadrează în etapa documentelor de calificare, iar în cadrul documentației de atribuire s-a precizat faptul că, ofertele care nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate vor fi respinse în cadrul ședinței de deschiderea ofertelor.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului de lucrări având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. .../06.01.2020.

Valoarea estimată a contractului este de 669.111,80 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au fost depuse două oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, care au fost vizualizate, în SEAP, la data de 23.01.2020, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.254.

Prin raportul procedurii nr.617/25.02.2020, autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă de ..., cu o propunere financiară de 658.966,36 lei, în timp ce oferta depusă de contestator a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr.395/2016.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, respectiv a deciziei de respingere a ofertei sale, ... a depus contestația de față, consemnând cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

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

Potrivit raportului procedurii nr.617/25.02.2020, oferta depusă de ... a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr.395/2016, deoarece **„Polița de asigurare de garanții seria AX nr.077600/20.01.2020 depusă la data deschiderii ofertelor nu acoperă perioada de valabilitate a ofertei: 23.05.2020”**.

În analiza legalității deciziei de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi ale anunțului de participare simplificat nr. SCN1061117/06.01.2020:

-cap.IV.2.6) – *„Perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își mențină oferta”*, unde apare precizat:

„Oferta trebuie să fie valabilă până la: 23.05.2020

Durata în luni: 4”;

-cap.IV.2.7) – *„Condiții de deschidere a ofertelor”*, unde apare precizat:

„Data:23.01.2020; Ora locală: 15:00”.

De asemenea, relevante sunt următoarele prevederi ale fișei de date:

-cap.III.1.6.a) – *„Garanția de participare”*, potrivit cu care:

*„Contractul de lucrări se realizează conform Legii 98/2016, ținând cont de constituirea garanției de participare în cuantum de 6690 lei. (...) **Perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei.** (...)*

*Instrumentul de garantare trebuie să prevadă care sunt cazurile în care AC are dreptul de a reține GP, ofertantul pierzând astfel GP, (art.37 din H.G. nr.395/2016). **Ofertele care nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate mai sus vor fi respinse în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor.** GP, se va restitui ofertanților conform art.38 din H.G. 395/2016.”;*

-cap.IV.2.6 – *„Perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își mențină oferta”*, potrivit cu care:

„4 luni (de la termenul limită de primire a ofertelor)”.

Sintetizând cele de mai sus, Consiliul reține, în privința valabilității garanției de participare, că trebuia constituită pentru o perioadă de 4 luni, respectiv de la **23.01.2020** (data de deschidere a ofertelor) până la **23.05.2020**, perioada de valabilitate a garanției de participare fiind egală cu perioada de valabilitate a ofertei.

Ca dovadă a îndeplinirii cerinței de valabilitate a garanției de participare, după cum ambele părți arată, ... a depus Polița de asigurare de garanții seria AX nr.077600/20.01.2020, emisă de ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI S.A., la data de 20.01.2020, perioada de asigurare fiind de 123 zile, respectiv de la **20.01.2020** la **21.05.2020**.

Prin procesul-verbal nr.254/23.01.2020, constatând că perioada asigurată este alta decât cea impusă, autoritatea contractantă a decis, în temeiul art.132 alin.3 din H.G. nr.395/2016, să solicite clarificări contestatorului, sens în care a emis adresa nr.260/27.01.2020, având conținutul:

„Având în vedere polița de asigurare de garanții seria AX nr.077600/20.01.2020 vă rugăm să specificați cum îndepliniți prevederile art.36 alin.2 din H.G. 395/2016: «Garanția de participare trebuie să fie constituită în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzută în documentația de atribuire», având în vedere că perioada de asigurare din polița de asigurare este de la 20.01.2020 până la 21.05.2020, iar termenul de valabilitate al ofertei prevăzut în documentația de atribuire este de 23.05.2020.”

Cu adresa nr.279/28.01.2020, contestatorul a prezentat răspunsul:

„Având în vedere adresa prin care solicitați clarificări cu privire la perioada de valabilitate a poliței de asigurare seria AX, numărul 077600 din 20.01.2020, vă transmitem actul adițional de prelungirea valabilității până la data de 23.05.2020 conform documentației de atribuire.”

Anexat răspunsului se regăsește înscrisul Act adițional nr.1/27.01.2020, conform căruia **„Se prelungește perioada de asigurare de la 22.05.2020 până la 23.05.2020”**.

Acest răspuns al contestatorului nu a fost luat în considerare, după cum rezultă din procesul-verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr.2, înregistrat sub nr.319/30.01.2020, deoarece, în opinia comisiei de evaluare, acceptarea documentului depus ar fi reprezentat o încălcare a dispozițiilor art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016, a dispozițiilor art.209 din Legea nr.98/2016, dar și a principiului tratamenului egal prevăzut de art.2 alin.2 din Legea nr.98/2016.

Consiliul nu împărtășește punctul de vedere al autorității contractante, acesta fiind rezultatul unei interpretări eronate și excesiv de formaliste a prevederilor legale invocate de aceasta, după cum se va arăta în cele ce urmează:

Astfel, situația ofertei ... este cea a constituirii, de către acesta, a unei garanții de participare pe un interval de 4 luni (123 de zile) solicitat de autoritatea contractantă, însă având ca moment de debut al intervalului data de 20.01.2020, iar nu data de 23.01.2020, stabilită ca fiind cea a deschiderii ofertelor. Garanția de participare avea să-și piardă valabilitatea, așadar, cu 2 zile înainte de limita maximă a intervalului de 4 luni impus de autoritatea contractantă.

Fiind vorba despre o neconcordanță cu privire la valabilitatea garanției de participare, incidente devin dispozițiile art.132 alin.3 din H.G. nr.395/2016, după cum corect a stabilit și autoritatea contractantă, care prevăd că:

(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 quantumul 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 soluția de respingere a ofertei contestatorului, la care s-a oprit autoritatea contractantă, este rezultatul aplicării defectuoase a acestui text de lege, în sensul în care s-a considerat că este suficient să se solicite clarificări, fără a se accepta răspunsul contestatorului, deși acest răspuns reprezintă consecința solicitării de clarificări adresată.

Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă a lipsit de eficiență textul legal enunțat, interpretând eronat că ... trebuia să se limiteze la a-i prezenta o explicație/lămurire a situației sesizate.

O asemenea interpretare nu poate fi, însă, validată de Consiliu, deoarece intenția legiuitorului a fost tocmai aceea ca autoritatea contractantă să sesizeze ofertanților eventuale neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, quantumul sau valabilitatea acesteia, astfel încât aceștia să fie în măsură să aducă corecturile necesare garanției de participare depuse.

Dacă s-ar fi dorit ca o ofertă aflată într-un caz similar celei depusă de contestator să fie respinsă, nu ar mai fi avut nicio rațiune impunerea obligației de a solicita clarificări în sarcina autorității contractante, acest demers apărând ca inutil în condițiile în care situația ofertei nu avea cum să fie schimbată, indiferent de prezentarea sau nu a unor explicații. Plecând de la interpretarea autorității contractante, spre pildă situația constituirii garanției de participare într-un quantum mai mic decât cel solicitat nu avea cum să fie schimbată printr-o solicitare de clarificări, așa cum nu poate fi schimbată printr-o solicitare de clarificări situația ofertei contestatorului.

În realitate, autoritatea contractantă, sesizând că oferta se află în una dintre ipotezele vizate de textul legal, avea nu numai obligația de a solicita clarificări, ci și să accepte răspunsul prin care neconcordanța era înlăturată. Noțiunea de „*solicitare de clarificări*” trebuie interpretată în sensul de solicitare de îndreptare a neconcordanței sesizate iar nu doar de a se solicita explicații/lămuriri.

Este adevărat că un răspuns neconcludent, prin care nu s-ar fi corectat aspectul sesizat, ar fi îndreptățit autoritatea contractantă să procedeze la respingerea ofertei, însă răspunsul contestatorului nu este unul neconcludent, din contră, este unul prin care s-a acoperit neconcordanța sesizată.

Dincolo de aceasta, sancțiunea în cazul în care ofertantul nu corectează neconcordanța sesizată este prevăzută de același art.132 alin.3 din H.G. nr.395/2016, respectiv respingerea ofertei, ca inacceptabilă, iar nu de alte texte legale.

Prin urmare, dispozițiile art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016 și art.209 din Legea nr.98/2016, invocate de autoritatea contractantă în susținerea temeiniciei deciziei sale, nu prezintă relevanță în cauză, după cum nu se poate considera că prin acceptarea răspunsului contestatorului s-ar încălca principiul tratamentului, deoarece situația garanției de participare, după cum s-a arătat, este explicit reglementată de art.132 alin.3 din H.G. nr.395/2016. Incidența certă a unei dispoziții legale nu poate fi paralizată prin invocarea altei dispoziții legale, așa cum înțelege autoritatea contractantă să facă.

Legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului nu poate fi reținută de Consiliu nici prin prisma temeiului egal al acesteia, art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr.395/2016, reținut de autoritatea contractantă, stabilind după cum urmează:

„(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, **oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:**

a) *«abrogat»*

b) **a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă;**”

Potrivit art.172 alin.1 din Legea nr.98/2016,

„Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;

b) situația economică și financiară;

c) capacitatea tehnică și profesională.”

Cum oferta contestatorului nu se află în situația neîndeplinirii unui/unor criterii de calificare dintre cele enumerate limitativ, este fără dubiu că nu se încadrează în cazul de respingere invocat de autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă se află în eroare considerând că verificarea garanțiilor de participare se încadrează în etapa documentelor de calificare drept care este incident art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr.395/2016.

Astfel, etapa de verificare a garanțiilor de participare este, într-adevăr, distinctă de etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare, însă ceea ce scapă autoritatea contractantă din vedere este că fiecare dintre cele două etape sunt reglementate distinct, sancțiunile aplicabile fiind prevăzute de articole de lege distincte și anume art.132 alin.3 din H.G. nr.395/2016 în cazul garanției de participare și 137 alin.2 lit.b în cazul neîndeplinirii unui/unor criterii de calificare.

Nici precizarea din fișa de date având conținutul „*Ofertele care nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate mai sus vor fi respinse în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor*”, nu justifică decizia autorității contractante, deoarece trebuie interpretată în lumina dispozițiilor din legislația achizițiilor publice, dispoziții pe care autoritatea contractantă a înțeles să le respecte dar doar până la un anumit punct.

Important de reținut în soluționarea diferendului dintre părți este și scopul constituirii garanției de participare, prevăzut la art.35 alin.1 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care: „**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.**”, scop atins în privința ofertei contestatorului, care prin Actului adițional nr.1/27.01.2020 a acoperit întreaga perioadă de valabilitate a garanției de participare, astfel cum a fost impusă prin documentația de atribuire. Aspectul emiterii înscrisului menționat ulterior datei de depunere a ofertelor este lipsit de orice relevanță în condițiile în care, așa cum s-a arătat, este permisă îndreptarea neconcordanțelor ulterior respectivei date.

Având în vedere că, prin răspunsul la clarificări ... a înțeles să corecteze neconcordanța sesizată de autoritatea contractantă, Consiliul

reține decizia de respingere a ofertei contestatorului ca nelegală, criticile acestuia fiind întemeiate.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula raportul procedurii nr.617/25.02.2020, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ..., precum și actele subsecvente, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii nr.617/25.02.2020, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ..., precum și actele subsecvente.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

MEMBRU,

...