

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ...SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - director general, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de furnizare produse de promovare a activităților de prevenire în comunitate, cod CPV 22462000-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 28.10.2024, anunț de participare nr. ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii simplificate și reluarea procesului de evaluare.

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

I. 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 ofertantul ...SRL reclamă decizia autorității contractante ... de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, pentru fiecare din cele trei loturi la care a participat, a constituit garanția de participare și a depus în SEAP ordinul de plată în favoarea autorității contractante, semnat cu semnătură electronică calificată, fiind neîntemeiată decizia de respingere a ofertei pentru lipsa dovezii constituirii cauțiunii.

II. În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă afirmă că societatea a solicitat restituirea garanțiilor de participare, ceea ce s-a și întâmplat, sens în care depune extras de cont de la Trezoreria Sectorului 3.

III. Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat părților litigante un punct de vedere față de excepția lipsei de interes în formularea contestației, în

contextul în care ...SRL a solicitat autorității restituirea garanțiilor de participare.

IV. Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ...SRL a răspuns că persoana care a transmis solicitarea nu era împuternicită de societate. Pe de altă parte, deși autoritatea susține că nu a putut vedea în SEAP garanțiile constituite din cauza încărcării lor la rubrica „Oferta Financiară”, în loc de rubrica „Documente de Calificare”, ele îi erau vizibile (chiar dacă nu s-ar fi putut deschide, fiind criptate). Sumele constituite ca garanție s-au aflat în contul autorității, de unde a și fost returnate, deci nu exista niciun dubiu în privința constituirii lor.

V. Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a răspuns că, întrucât operatorul economic a solicitat restituirea garanțiilor de participare (prin intermediul acestui demers fiind dedus faptul că se dorește retragerea din procedura de achiziție, pierzând calitatea de ofertant), iar autoritatea a răspuns fără obiecții solicitării acestuia, restituindu-i la 20.11.2024 toate garanțiile de participare, nu se justifică interesul în formularea contestației și solicită admiterea excepției lipsei de interes a operatorului economic în formularea contestației.

VI. Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 14.10.2024, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură simplificată în vederea procurării de produse de promovare a activităților de prevenire a consumului de droguri, grupate în lotul 1 – „Jachetă impermeabilă unisex personalizată – culoare bleumarin”, lotul 2 – „Șapcă unisex personalizată (culoare negru)” și lotul 3 – „Șapcă unisex personalizată (culoare bleumarin)”, estimate valoric la 71.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 14.10.2024, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat patru operatori economici, între care și ...SRL, a cărei ofertă (trei loturi) a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât nu a depus în SEAP dovada constituirii garanțiilor de participare pentru cele trei loturi la care a participat. Împotriva acestui rezultat, ...SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de 1.420 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., la data de 22.11.2024.

Potrivit fișei de date a achiziției, pct. III.1.6.a) – „Garantie de participare”:

Valoare individuală este descrisă la fiecare lot în parte. Garanția de participare se poate constitui printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de

o societate de asigurări, sau virament bancar, cf. prevederilor art. 36 din H.G. nr. 395/2016, prin virament bancar în contul IBAN este ...- deschis la Trezoreria ..., conform prevederilor art. 154, alin (4) din Legea nr. 98/2016. **Garanția de participare obligatoriu se va posta în S.E.A.P. (scanată și semnată cu semnătură electronică), într-un fișier separat.** Autoritatea contractantă poate solicita depunerea garanției de participare în original, doar dacă documentul prin care demonstrează constituirea garanției de participare face parte din categoria documentelor cu regim special a căror valabilitate este condiționată de prezentarea în forma originală. Cursul la care se va realiza echivalența în alta monedă este cel de la data publicării anunțului de participare în S.E.A.P., stabilit de B.N.R. Perioada de valabilitate a garanției de participare este cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei: 3 luni de la data limită a depunerii ofertei. **Ofertele care, la data deschiderii, nu sunt însoțite de dovada constituirii garanției pentru participare vor fi respinse.** Prevederile art. 36 din H.G. nr. 395/2016, se aplică în mod corespunzător.

Prin procesul-verbal nr. 3.901.040/01.11.2024 (fila 254 din dosarul achiziției publice), aprobat de conducătorul autorității contractante, oferta ...SRL pentru cele trei loturi a fost respinsă ca inacceptabilă, întrucât respectiva societate nu a depus în SEAP dovada garanției de participare. Așadar, la 01.11.2024, oferta a fost respinsă din competiție. Această măsură este apreciată corectă de către Consiliu, prin prisma rigorilor pct. III.1.6.a) din fișa de date a achiziției, precitate. În etapa „Evaluare DUAE”, autoritatea nu are acces la documentele propunerii financiare, în cadrul căroră susține ofertanta că a încărcat dovada constituirii garanției, însemnând că îi era imposibilă vizualizarea documentelor din secțiunea propunerii financiare.

...SRL cunoștea că oferta i-a fost respinsă încă din etapa „Evaluare DUAE”, respectiv că nu a intrat în etapele de evaluare tehnică și financiară, dovadă fiind chiar captura de ecran anexată contestației:

...

Nimic nu a oprit societatea ca, anterior datei și orei-limită, să revină în SEAP și să încarce dovezile constituirii garanției la secțiunea corespunzătoare, în care să poată fi vizualizate și deschise de autoritatea destinatară, nu la o secțiune în care documentele sunt inaccesibile autorității. Societatea putea și trebuia să își verifice documentele pe care le-au încărcat în SEAP, pentru a preveni eventuale încărcări în secțiuni eronate și elimina riscul respingerii ofertei din cauza lor. Practic, reclamanta își invocă propria culpă, constând în lipsa de diligență manifestată pe parcursul încărcării în SEAP a dovezilor aferente garanțiilor.

În contextul în care autoritatea contractantă a invocat faptul că ...SRL și-a retras garanțiile de participare la procedura achiziție, depunând în acest sens cererea reclamantei din 15.11.2024 (e-mail primit de la doamna ..., account manager la ...SRL), deci ulterioară respingerii ofertei prin procesul-verbal nr. 3.901.040/01.11.2024, însă anterioară formulării contestației, și extrasul de cont care confirmă returnarea sumei aferente garanțiilor (710 lei) prin intermediul Trezoreriei Sectorului 3 București, Consiliul apreciază că trebuie discutată și existența în prezent a interesului la procedură al

contestatoarei, în condițiile în care oferta ei nu mai este însoțită de o garanție de participare.

Astfel fiind, este de observat că art. 154¹ alin. (5) din legea achizițiilor publice, prevede expres că, după primirea comunicării rezultatului procedurii de atribuire, ofertanții ale căror oferte au fost declarate necâștigătoare au dreptul de a obține eliberarea anticipată a garanției de participare, dacă transmit autorității contractante o solicitare în acest sens. Chiar dacă nu primise comunicarea, ...SRL, prin persoana antemenționată, a apelat la acest text și a cerut autorității să îi restituie garanțiile, iar autoritatea a procedat în acest sens. Ulterior cererii de restituire, societatea a declanșat calea de atac a contestației la Consiliu, nemulțumită de desfășurarea achiziției.

La acest moment, oferta contestatoarei pentru fiecare lot nu mai este acoperită de nicio garanție de participare, împrejurare ce contravine art. 154 alin. (2) teza finală din lege, conform căruia *„autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare a cărei perioadă de valabilitate este cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei.”* Normele metodologice de aplicare a legii, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează la art. 124 că oferta are caracter obligatoriu pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant și că autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și a garanției de participare, în situații excepționale, iar în cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă. Așadar, garanțiile ...SRL trebuiau menținute de societate, pentru a își conserva șansa de a obține contractul, nicidecum retrase înainte de aflarea rezultatului competiției, retragere echivalentă cu renunțarea la această șansă.

Mai mult, în ipoteza curentă, trebuie remarcat că autoritatea contractantă nu mai poate să își respecte obligația legală de a îi reține garanția contestatoarei în cazurile de la art. 37 alin. (1) din aceleași norme metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, chiar dacă oferta contestatoarei ar ajunge câștigătoare, nemaexistând vreo garanție la dispoziția autorității.

Față de situația faptică evocată, Consiliul stabilește că, cererea de returnare a garanției, căreia i s-a dat curs de către autoritate, echivalează, practic, cu o abandonare a competiției și cu o retragere a ofertei contestatoarei, întrucât o ofertă care nu mai este însoțită și acoperită de garanția de participare corespunzătoare trebuie exclusă de la licitație. Această abordare o regăsim și în practica judiciară, Curtea de Apel Pitești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, statuând în decizia sa nr. 153/R-C din 8 februarie 2008, irevocabilă, că, întrucât garanția de participare este o condiție de admisibilitate a ofertei, prin formularea cererii de restituire ofertanta a devenit un terț față de

procedura de achiziție, nemaiputând contesta pe fond derularea procedurii și atribuirea contractului.

Tot astfel, Curtea de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2423 din 26 mai 2011, irevocabilă, a achiesat susținerilor conform cărora, în situația în care ofertantul nu prelungește valabilitatea scrisorii de garanție de participare și a ofertei, la solicitarea autorității contractante, operatorul economic pierde dreptul de a-i fi atribuit respectivul contract. Ca urmare a nerespectării acestei obligații, ofertanta a devenit străină de procedură, nemaivând posibilitatea de a încheia contractul care formează obiectul procedurii de atribuire. Rezultă lipsa unui interes personal în formularea contestației și, implicit, lipsa calității procesuale active.

Atitudinea petentei denotă faptul că nu a fost interesată de conservarea șanselor de a fi declarată câștigătoare, pe care urmărea să le obțină în baza contestației formulate.

Elocventă este și decizia civilă nr. 1658 din 22 noiembrie 2011 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, din care cităm:

Prin concluziile scrise depuse în cauză intimata a mai invocat inadmisibilitatea plângerii și pentru că, potrivit prevederilor art. 84-88 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, petentul trebuia să facă dovada depunerii unei garanții de participare valide. La art. 85 lit. b) se arată că, perioada de validitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei. În condițiile în care petenta a formulat prezenta plângere solicitând să fie obligată autoritatea contractantă să îi atribuie contractul de achiziție publică, avea obligația corelativă de a prelungi durata de validitate a propriei garanții de participare.

Potrivit probelor dosarului, pentru participarea la licitația din litigiu, petenta a constituit o garanție de participare, cu termen de valabilitate de până la data de 21.09.2011, și nu a făcut dovada prelungirii perioadei de garanție. Din conținutul art. 43 ind. 1 din ordonanță și al art. 85 lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 rezultă că depunerea garanției constituie o condiție de participare a unei persoane juridice la licitația reglementată de ordonanță și, drept urmare, expirarea perioadei de garanție conduce la constatarea unui comportament necorespunzător al ofertantului, ceea ce echivalează cu o renunțare în fapt la participarea la procedura de licitație.

Cum petenta se găsește în această ipoteză, Curtea va respinge plângerea ca neîntemeiată pentru că toate criticile invocate sunt fără relevanță juridică în privința petentei, atât timp cât aceasta a înțeles să nu mai participe la procedura de licitație în litigiu.

Raportat la această constatare, Curtea nu va mai analiza motivele din plângere pentru că acestea vin în contradicție cu comportamentul de fapt al acesteia, care a înțeles să-și limiteze perioada de valabilitate a ofertei prin neprelungirea perioadei de garanție.

În decizia sa nr. 2479/R-CONT din 14 noiembrie 2012, Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a statuat în sensul reținerii corecte de către Consiliu că, urmare a nerespectării obligației de prelungire a valabilității garanției de participare, petenta a devenit străină de procedură, nemaivând un interes în continuarea acesteia, ci dorește să evite riscul de a îi fi reținută o parte din garanție în eventualitatea respingerii contestației sale de către Consiliu. Petenta a înțeles să își limiteze perioada de valabilitate a ofertei, prin neprelungirea perioadei de garanție.

Similar, aceeași Curte, confruntată cu o situație analoagă celei din prezenta cauză, a reținut că, în timpul litigiului, ofertanta petentă a solicitat autorității contractante returnarea garanției de participare la procedură, astfel încât, la momentul de față, nu mai poate fi dovedit interesul petentei în prezenta cauză, întrucât în lipsa garanției de participare oferta acesteia nu mai poate fi câștigătoare, astfel că excepția lipsei de interes a petentei este fondată, ceea ce conduce la respingerea plângerii - decizia nr. 1/R-CONT din 9 ianuarie 2013.

Consiliul consideră că aceasta este linia de gândire care trebuie urmată în speță, mai cu seamă că, după cum s-a arătat, prin cererea ...SRL de restituire a garanțiilor de participare, contestatoarea face inaplicabile dispozițiile art. 37 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 37. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de participare atunci când ofertantul se află în oricare dintre următoarele situații:

- a) își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia;
- b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, nu constituie garanția de bună execuție;
- b¹) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, nu deschide un cont la dispoziția autorității contractante, la o instituție de credit bancară agreată de ambele părți, în cazul în care părțile convin ca garanția de bună execuție să se constituie prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale;
- c) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei.

Prin demersul său prealabil contestației, despre care nu amintește nimic, autoarea a urmărit să evite riscul de a îi fi reținută o parte din această garanție în eventualitatea respingerii ca nefondată a contestației sale de către Consiliu. Evident, un asemenea comportament nu poate fi tolerat, dovedind că, în realitate, ofertanta nu este interesată de conservarea șanselor sale de câștigare a contractului supus licitației, prin menținerea garanției asociată ofertei.

Încetarea valabilității ofertei și garanției atrage, după cum s-a arătat deja, pierderea calității de participant la procedură, precum și, în plan procesual, pierderea corelativă a calității procesuale active și a interesului, ca și condiție de exercitare a acțiunii – decizia civilă nr. 7966 din 17 iulie 2013, Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Elocventă este și decizia nr. 4025 din 17 mai 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, din care cităm:

În motivare, contestatoarea a susținut că motivarea CNSC în sensul că retragerea scrisorii de garanție constituie o manifestare a lipsei de interes din partea societății pentru procedura de atribuire în discuție nu poate fi primită, întrucât formularea contestației împotriva rezultatului procedurii de atribuire este cea mai clară manifestare de interes cu în acest sens. De asemenea, dreptul ofertanților de a contesta rezultatul procedurilor de atribuire este un drept legal ce nu poate fi restrâns sau condiționat de retragerea garanției de participare, retragere care s-a făcut la solicitarea autorității contractante care anulasе procedura constatând că sunt depuse numai oferte neconforme. Nu există nici o normă care să condiționeze soluționarea contestației de existența garanției de participare la licitație și acolo unde legea nu distinge, nici Consiliul nu trebuia să o facă.

Contestatoarea a susținut că vătămarea sa este evidentă și constă în declararea ofertei sale ca fiind neconformă cu consecința anulării procedurii în condițiile în care a întocmit o ofertă conformă și avea șanse reale să-i fie atribuit contractul de achiziție publică.

Examinând actele existente la dosar, Curtea apreciază că plângerea este nefondată pentru următoarele considerente:

Prin cererea adresată autorității contractante la data de 27.03.2012, [...] SRL, a solicitat returnarea scrisorii de garanție de participare nr. 1789/07.02.2012. Urmare a acestei solicitări, autoritatea contractantă a returnat în aceeași zi scrisoarea de garanție bancară pentru participare la licitație, întocmind în acest sens procesul verbal de predare primire nr. 243/27.03.2012. Ulterior acestei date, respectiv la 30.03.2012, [...] SRL a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii, de atribuire.

Or, prin retragerea scrisorii de garanție bancară pentru participarea la licitație, în mod corect a apreciat CNSC că este lipsită de interes contestația, dat fiind că, chiar în condițiile în care aceasta s-ar admite, contestatoarea nu mai îndeplinește cerințele prevăzute în documentația de atribuire transmisă participanților, nefiind posibilă depunerea din nou a acestui document în etapa de reluare a procedurii, întrucât aceasta ar încălca principiile prevăzute de art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, se constată că soluția pronunțată de CNSC cu privire la contestația petentei [...] SRL este legală și temeinică, urmând a fi menținută, fiind respinsă plângerea formulată împotriva Deciziei nr. 1013/C5/988/990 din 18.04.2012.

Solicitarea restituirii garanțiilor provine de la un reprezentant al ...SRL, respectiv de la doamna ..., account manager la ...SRL, și a fost transmisă către adresa de e-mail a agenției organizatoare „...”, deci doamna a acționat în cunoștință de cauză.

Chiar dacă doamna ..., account manager sau agent vânzări, a acționat cu depășirea limitelor puterii de reprezentare a societății angajatoare, cererea formulată în numele și cu antetul acesteia rămâne valabilă și nu a fost retractată de către directorul general al societății înainte de a fi operată returnarea sumei de către autoritate (împuternicitul a avut cinci zile la dispoziție, între 15 și 20.11.2024). Răspunderea pentru e-mailul reprodus mai jos și pentru consecințele acestuia revine în exclusivitate doamnei ..., inclusiv sub aspectul pierderii calității de ofertant la procedură a ...SRL odată cu returnarea garanțiilor, societatea putând să se îndrepte împotriva persoanei vinovate pentru acoperirea eventualelor prejudicii.

...

Ținând seama de probatoriul aflat la dosar, de cele învederate de părți și de practica judiciară statornică, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., având a cerceta cu precădere existența interesului contestatoarei în cauză, Consiliul constată că reclamanta nu are interes în susținerea acesteia, deoarece nu îi servește niciunui interes personal și direct, născut și actual, anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei le cele trei loturi. Este evident că eventuala anulare a respectivei decizii nu are „aptitudinea” de a readuce în competiție oferta contestatoarei, întrucât ea a devenit lipsită de relevanță în procedură odată cu retragerea garanției de participare căreia îi era asociată. Așadar, contestatoarea a devenit un terț față de licitația la care a participat, nemaiavând o ofertă valabilă juridic. Or, este subînțeles că reclamanta nu mai suferă sau riscă

să sufere un prejudiciu, la acest moment, ca o consecință a actului autorității contractante de respingere a ofertei sale.

Luând în considerare cele ce preced, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca lipsită de interes contestația ...SRL nr. 315/20.11.2024, în contradictoriu cu

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

Respinge, ca lipsită de interes, contestația ...SRL nr. ..., în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată practica deciziei,

...

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.