



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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:...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., Cod unic de înregistrare ..., formulată împotriva procesului-verbal intermediar de evaluare a ofertelor nr. ... din ..., emis de către ...SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată în vederea încheierii contractului de furnizare având ca obiect „...”, s-a solicitat:

- *anularea procesului verbal intermediar de evaluare a ofertelor;*
- *admiterea ofertei pentru ambele loturi;*
- *reevaluarea ofertelor.*

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 SC ... SRL reclamă procesul verbal intermediar de evaluare a ofertelor nr. ..., solicitând Consiliului să dispună *anularea procesului verbal intermediar de evaluare a ofertelor, admiterea ofertei pentru ambele loturi și reevaluarea ofertelor* din punct de vedere al acceptabilității garanției de participare.

În fapt, în cadrul procedurii, petenta a depus ofertă pentru ambele loturi și a constituit garanția de participare prin virament bancar în termenul stabilit, fără a avea cunoștință de faptul că nu se mai acceptă garanția de participare în procent de 50% pentru IMM-uri. Astfel, susține că garanția de participare a fost constituită în cuantum de 50% din

valoarea solicitată, bifând în DUAE că este IMM, depunând, totodată, și declarație pe propria răspundere că este IMM.

În data de 12.10.2016. prin intermediul SEAP, autoritatea a solicitat clarificări cu privire la garanția de participare, în baza art. 132 alin (3) din HG nr. 394/2016, care prevede: *„eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul/valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor”*.

Contestatoarea precizează că în data de 13.10.2016, în termenul stabilit de către autoritatea contractantă, a răspuns în SEAP și a transmis ordinul de plată privind plata diferenței de 3.600 lei pentru garanția de participare.

Fară a mai solicita alte clarificări, în data de 14.10.2016, petentei i s-a adus la cunoștință că oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă în conformitate cu prevederile art 143 alin. (2) litera b) *„garanția de participare a fost depusă pentru ambele loturi și completată la valoarea solicitată în documentația de atribuire la o dată ulterioară”*.

Față de cele evocate mai sus și ținând cont de art. 138. alin (3) din HG nr. 394/2016, SC ... SRL solicită Consiliului să dispună reevaluarea ofertelor și admiterea ofertei prezentate pentru ambele loturi.

Contestatoarea reiterează motivele acestei solicitări:

- prezentarea dovezii depunerii garanției de participare, așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire;

- existența unei concurențe reale, având în vedere că au fost depuse 3 oferte/lot 1 și numai 2 oferte/lot 2, pentru a realiza achiziționarea de produse în condiții de eficiență economică și socială.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către SC ... SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestație și documente relevante din dosarul achiziției publice.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație și documentele relevante în soluționarea cauzei atașat adresei nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., prin care solicită Consiliului respingerea contestației ca nefondată și menținerea actelor autorității ca fiind temeinice și legale.

...SA, în calitate de entitate contractantă arată că la această procedură au participat cu oferte următorii operatori economici:

Pentru lotul 1

SC ... SRL ...;

SC ... SRL ...;

SC ... SRL.

Pentru lotul 2

SC ... SRL ...;

SC ... SRL ...,

Conform procesului-verbal de consemnare a ofertelor nr... din ..., în temeiul art. 41 din Hotărârea nr. 394/2016, entitatea contractantă a

solicitat pentru această procedură de achiziție, constituirea garanției de participare în cuantum de ... lei pentru lotul 1 și ... lei pentru lotul 2.

Ofertantul SC ... SRL ... a prezentat, împreună cu oferta, ordinul de plată nr. 344/10.10.2016, în valoare de ... lei, reprezentând 50% din valoarea solicitată în fișa de date, precum și declarația privind încadrarea în categoria întreprinderilor mici și mijlocii.

Având în vedere suma consemnată în ordinul de plată cu titlu de garanție de participare pentru loturile 1 și 2, comisia de evaluare, conform notei de discuții nr. ..., a hotărât să solicite clarificări cu privire la constituirea garanției de participare, în conformitate cu prevederile art. 138 din HG nr. 394/2016.

Autoritatea susține că SC ... SRL ... a transmis adresa nr. ... (adresă de care comisia de evaluare a luat cunoștință ulterior transmiterii solicitării de clarificări), justificând că la momentul deschiderii ofertelor nu a cunoscut faptul că prin OUG nr. 58/2016, a fost abrogat alineatul 2 al articolului 16 din Legea nr. 346/2004.

Totodată, ca răspuns la solicitarea de clarificări a autorității contractante privind cuantumul garanției de participare, SC ... SRL ... a transmis adresa nr. ... și copia ordinului de plată nr. ... în valoare de ... lei, solicitând acceptarea ofertelor pentru loturile 1 și 2.

Ca urmare a întocmirii procesului verbal intermediar nr. ... din ..., prin adresa nr. ..., entitatea contractantă a comunicat ofertantului SC ... SRL ... că, în baza documentelor prezentate și a răspunsurilor primite, comisia de evaluare a considerat oferta ca fiind inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 143 alin. 2 lit. b, întrucât garanția de participare a fost depusă la jumătate din cuantumul solicitat pentru cele două loturi și completată la o dată ulterioară deschiderii ofertelor.

Autoritatea consideră nefondată motivarea contestatoarei, deoarece în opinia sa, normele juridice sunt edictate în vederea aplicării lor, argumentând că în conformitate cu art. 1 alin. 6 din Constituția României, *"respectarea ... legilor este obligatorie"*, existând în drept principiul conform căruia *"nimeni nu se poate scuza, invocând necunoașterea legii"* (*„nemo censetur ignorare legem"*). În cazul în care ar fi admisă invocarea necunoașterii legii, autoritatea consideră că s-ar ajunge la o stare de instabilitate juridică și haos, fapt pentru care, este general admisă prezumția absolută a cunoașterii legii. În baza acestei prezumții, toți cetățenii trebuie să cunoască legile, prezumția neputând fi rasturnată prin proba contrarie.

Autoritatea consideră că, acceptarea ofertei depusă de contestatoare în condițiile neconstituirii garanției de participare în cuantumul solicitat în fișa de date, ar fi însemnat o clară încălcare a principiilor enunțate la art. 2 din Legea nr. 99/2016, îndeosebi a principiului tratamentului egal, potrivit căruia toți participanții la procedură urmează să fie supuși acelorași reguli, cerințe/criterii de calificare și evaluare.

Referindu-se la art. 62 din Legea nr. 99/2016, aceasta mai precizează că autoritățile au obligația să respecte toate principiile

conform art. 2 alin. (2), în mod special un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională. Garanția de participare prezintă o importanță deosebită atât pentru autoritate, care stabilește regulile de derulare a procedurii de atribuire, cât și pentru operatorii economici care trebuie să le respecte în vederea acceptării și evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurilor respective. Neconstituirea ei în cuantumul și forma solicitate în documentația de atribuire duce la respingerea ofertei respective ca fiind inacceptabilă.

În concluzie, față de toate argumentele prezentate mai sus autoritatea solicită, ca prin decizia pe care o va pronunța Consiliul, să constate că derularea procedurii de achiziție s-a realizat cu deplina respectare a dispozițiilor legale incidente, că susținerile contestatoarei nu sunt întemeiate și pe cale de consecință să respingă contestația formulată de SC ... SRL ... ca nefondată.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „...”, ...SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...din ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Cu ocazia vizionării celor cinci oferte depuse (3 pentru lotul 1 și 2 pentru lotul 2), autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. ... din ..., iar rezultatul evaluării lor intermediare a fost consemnat în procesul-verbal de evaluare intermediară nr. ... Nemulțumită de rezultatul evaluării intermediare (ce i-a fost comunicat prin adresa nr. ...), SC ... SRL a formulat prezenta contestație, solicitând:

- *anularea procesului verbal intermediar de evaluare a ofertelor;*
- *admiterea ofertei pentru ambele loturi;*
- *reevaluarea ofertelor.*

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu. Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, împreună cu clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În stabilirea legalității respingerii ofertei contestatoarei, Consiliul este ținut de a analiza motivele avute în vedere de autoritatea contractantă. Astfel, prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei respingerea ofertei sale ca inacceptabilă în

conformitate cu prevederile art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 pentru neconstituirea garanției de participare conform cerințelor fișei de date a achiziției (completarea s-a făcut la o data ulterioară termenului de depunere a ofertelor).

Criticile contestatoarei formulate împotriva respingerii ofertei sale ca inacceptabilă pentru neconstituirea garanției de participare în cuantumul stabilit prin documentația de atribuire, sunt considerate de Consiliu întemeiate. În conformitate cu prevederile art. 129 din HG nr. 394/2016, *(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.*

De asemenea, dispozițiile art. 42 din aceeași hotărâre de guvern prevăd: *(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, în condițiile legii.*

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare 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, și se prezintă autorității contractante în original, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor.

În conformitate cu prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, ***Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției.***

Relevante în speța de față sunt dispozițiile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016 care prevăd: ***În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor.***

Prin fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.a) "Garanție de participare", autoritatea contractantă a precizat:

Cuantumul garanției: conform anexa B. Perioada de valabilitate 90 de zile de la termenul limită de primire a ofertelor. Forma de constituire a garanției de participare: garanția de participare va fi constituită în conformitate cu prevederile art. 42 din H.G. nr. 394/2016, prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, instrument care va fi depus la sediul autorității contractante în original, cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor. În cazul în care ofertantul optează

pentru constituirea garanției de participare prin virament bancar, acesta va vira contravaloarea garanției în contul ... Dovada constituirii garanției trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora stabilite pentru depunerea ofertelor (se va depune în SEAP semnată electronic odată cu documentele de calificare). Garanția trebuie să fie irevocabilă. Instrumentul de garantare 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. Instrumentul de garantare prezentat în cazul unei asocieri de operatori economici ca dovadă a constituirii garanției de participare, trebuie să fie emis în numele asocierii și să cuprindă mențiunea expresă că respectivul instrument de garantare acoperă în mod solidar toți membrii asocierii cu nominalizarea acestora, emitentul instrumentului de garantare declarând că va plăti din garanția de participare sumele prevăzute de dispozițiile legale aplicabile în cazul culpei oricăruia dintre membrii asocierii. Echivalența pentru o garanție de participare depusă în Euro (sau altă valută) se va face la cursul BNR din data publicării anunțului de participare pe SEAP, însoțită de traducerea autorizată în limba română.

Prin Anexa B la fișa de date a achiziției, se precizează cuantumul garanției de participare, astfel:

- pentru lotul 1 - Valoarea garanției de participare: ... RON,
- pentru lotul 2 - Valoarea garanției de participare: ... RON.

Conform procesului-verbal al ședinței de consemnare a ofertelor nr. ..., contestatoarea a depus garanția de participare sub formă de ordin de plată (nr. ...) în cuantum de ... lei fiind aferentă loturilor 1 și 2.

În data de 12.10.2016 autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei clarificări prin intermediul SEAP în sensul: *Având în vedere suma consemnată în OP nr. ... cu titlu de garanție de participare și ofertele depuse la procedură **vă rugăm clarificați până la 13.10.2016.***

Contestatoarea a răspuns cu adresa nr. ... precizând:

Vă facem cunoscut faptul că nu am știut de abrogarea Alineatul (2) al articolului 16 din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 681 din 29 iulie 2004, cu modificările și completările ulterioare, și din această cauză taxa de participare la procedura pentru atribuirea contractului "...” a fost achitată în procent de 50%, SC ... SRL fiind încadrată la IMM-uri.

Începând cu data de 22.09.2016 s-a specificat în fișa de date dacă IMM-urile au reducere sau nu. Specificăm că la această procedură nu a fost specificat și de aceea am plătit acest procent.

Un exemplu este procedura licitație pentru atribuirea contractului "Piese pompe KBS", unde în fișa de date se specific valoarea taxei de participare ca fiind de 50% pentru IMM-uri, revenindu-se cu clarificări că nu se mai beneficiază de aceste reducere.

Vă informăm că SC ... SRL este dispusă să plătească diferența de 50% considerând că s-a produs o eroare de ambele părți și dorim să participăm la această procedură deoarece suntem de părere că oferta noastră este competitivă.

În cazul în care nu sunteți de acord să plătim diferența, vă rugăm să anulați procedura de atribuire a acestui contract și să dispuneți reluarea acesteia, așa cum s-a procedat și în alte cazuri.

De asemenea, prin adresa nr. ..., contestatoarea aduce la cunoștința autorității contractante că a achitat diferența de ... lei din garanția de participare și anexează ordinul de plată nr. ...

Având în vedere dispozițiile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016 mai sus redat, care prevăd posibilitatea corectării eventualelor *neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor*, Consiliul constată că autoritatea contractantă în mod eronat a respins oferta contestatoarei.

În condițiile în care vizualizarea a avut loc în data de 10.10.2016 iar contestatoarea a completat garanția de participare cu diferența de ... lei în data de ..., în mod cert sau respectat cele trei zile lucrătoare precizate la art. 138 din HG nr. 394/2016 și autoritatea contractantă trebuia să accepte oferta contestatoarei pentru etapa de evaluare.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ...SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ...SA și anulează ... în partea ce privește oferta SC ... SRL și adresele de comunicare a rezultatului evaluării.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei prezentate de SC ... SRL, în termen de 15 zile de la primirea deciziei cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

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

Redactată în patru exemplare, conține 8 pagini.