

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - administrator și convențional de avocat ..., cu sediul în ..., ales pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări „...”, proiectare și execuție, cod CPV 45321000-3, cu data-limită de depunere a ofertelor 25.09.2023, anunț de participare nr. ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea respingerii ofertei sale și reevaluarea acesteia.

La 29.11.2023, ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată convențional de avocat ..., cu sediul în ..., a înaintat cererea de intervenție voluntară accesorie înregistrată la Consiliu cu nr. ..., prin care solicită respingerea contestației și menținerea actualului rezultat al procedurii.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ., și pentru motive care țin de economie procedurală.

**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 ofertantul ... SRL reclamă decizia autorității contractante ... de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că susținerea autorității referitoare la modificarea poliței de asigurare prin răspunsul de clarificare nr. 1373/05.10.2023 nu corespunde adevărului, instrumentul de garantare fiind revizuit. A nu se confunda instrumentul de garantare cu polița de asigurare, acesta din

urmă constituind un contract încheiat între contestator și asigurător. Polița de asigurare depusă inițial prevedea plata irevocabilă și necondiționată față de autoritate a despăgubirilor și, pe cale de consecință, nu a fost nevoie de încheierea unui act adițional la poliță sau de emiterea altei polițe, cum greșit susține autoritatea. Pur și simplu, în instrumentul de garantare au fost reiterate cele existente în contractul inițial.

Cu referire la lipsa autorizării ...pentru a emite garanții clasa 15, contestatorul susține că a participat și la alte licitații, unde nu s-a invocat o asemenea nelegalitate. Conform art. 154 din Legea nr. 98/2016, asigurările pot fi emise de „societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară după caz”. Nu se impune îndeplinirea concomitentă a celor două condiții: să dețină autorizație de funcționare în România sau în Uniunea Europeană și să existe înscriere pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară. Legiuitorul a prevăzut că cele două ipoteze pot fi alternative, autoritatea având obligația de a accepta polița de asigurare emisă de către o societate de asigurare care deține autorizație de funcționare emisă în Uniunea Europeană chiar dacă nu este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară.

În speța de față, asigurătorul deține autorizație de funcționare emisă de către un stat membru al Uniunii Europene și este de asemenea înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară. Există depusă la dosarul achiziției publice adresa eliberată de asigurător spre știința autorității contractante, că ...a primit autorizarea de a opera pe teritoriul României inclusiv pentru clasa de asigurări 15 - asigurări de garanții).

În condițiile în care autorității i-au fost transmise toate documentele care confirmă faptul că asigurătorul este o societate de asigurări autorizată în Uniunea Europeană, aceasta deținând autorizațiile necesare pentru eliberarea de polițe de garanții clasa 15, contestatorul consideră că a fost îndeplinită condiția prevăzută de art. 154 din Legea nr. 98/2016.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că oferta asocierii ... SRL - ... SRL - ... SRL a fost considerată inacceptabilă. Comisia de evaluare nu a făcut altceva decât să verifice garanția de participare.

Ofertantul a modificat conținutul instrumentului de garantare prezentat la data-limită de depunere a ofertelor (25.09.2023), prin răspunsul la solicitarea de clarificări ofertantul aducând un instrument de garantare modificat în totalitate și întocmit la 05.10.2023.

Comisia de evaluare a solicitat revizuirea instrumentului de garantare sau prezentarea unui act adițional care să clarifice aspectele sesizate, folosind termenul de revizuire ca element general fără a impune modalitatea de realizare a acesteia, rămânând la latitudinea societății de asigurare, aceasta având libertatea de a alege ca modificarea să se realizeze prin act adițional, notă de modificare, amendament, supliment sau alt tip de modalitate.

La momentul evaluării ofertelor, autoritatea a verificat pe site-ul ...este înscrisă în Registrul Asigurătorilor și Intermediarilor din S.E.E., regăsind următoarele informații: ..., cod înregistrare RX-170; Tip companie: Societate de asigurare, Tip prezență: Direct; Adresă: ...; Denumire autoritate Financial Supervision Commission; Adresă autoritate: ..., Clase practicate - Asigurări generale, 10.2 Asigurări de răspundere civilă pentru răspunderea transportatorului (CMR). Comisia de evaluare a constatat că societatea de asigurare ... nu avea autoritatea de a emite polițe de asigurare de garanții pentru obiectivul constructiv clădiri civile încadrate cel puțin în categoria de importanță a construcțiilor aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 766/1997, clasa 15 de asigurări - Garanții.

În vederea verificării modalității de emitere/constituire a instrumentelor de garantare de către entități din alt stat, întrucât aceasta nu constituie obiectul de reglementare al legislației în domeniul achizițiilor publice, autoritatea contractantă a solicitat Autorității de Supraveghere Financiară, prin adresa nr. 192916/ 03.10.2023, un punct de vedere cu privire la autoritatea societății de asigurare ... de a emite polițe de asigurare de garanții pentru obiectivul de investiții construcții clădiri, civile încadrate cel puțin în categoria de importanță normală C în conformitate cu prevederile regulamentului privind stabilirea categoriei de importanță a construcțiilor, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 766/1997, clasa 15 de asigurări- Garanții. Autoritatea de Supraveghere Financiară nu a transmis răspuns la solicitarea autorității până la data formulării punctului de vedere.

Comisia de evaluare a efectuat verificări repetate pe site-ul ... privind dreptul societății de asigurare ... de a emite polițe, ultima dovadă în acest sens fiind datată 02.11.2023.

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. Faptul că ofertantul a prezentat un instrument de garantare emis de o societate de asigurare care nu are autoritatea de a emite polițe de asigurare de garanții pentru clasa 15 - Garanții reprezintă un motiv de descalificare, conform dispozițiilor art. 132 alin. (3) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Prin cererea sa de intervenție accesorie în favoare autorității, ...SRL consideră că înscrisul „scrisoare de garanție/ instrument de garantare seria ... nr. ...” depus ulterior solicitării de clarificare este diferit de polița de asigurare depusă inițial. Primul înscris poartă denumirea „Asigurare de garanție pentru licitații - Poliță de asigurare”, în timp ce al doilea este „Scrisoare de garanție - Instrument de garantare”. În primul, asiguratorul/garantul este identificat ca fiind ..., iar în al doilea nu este identificat asiguratorul, ... fiind doar emitentul lui. În primul, asiguratul este identificat ... SRL, iar în cel secund asocierea ... SRL - ...SRL - ... SRL nu este identificată ca asigurat, ci ca ofertant. În primul, beneficiarul asigurării este ..., iar în al doilea ... nu este identificat ca beneficiar al asigurării, ci ca destinatar al înscrisului. În primul sunt precizate atât valoarea garanției (suma asigurată) 106.000 lei, cât și valoarea estimată a contractului 10.670.722,16 lei, în timp ce în cel ulterior valoarea estimată a contractului nu apare.

Față de conținutul înscrisului ulterior, diferit de cel al poliței depuse inițial, reiese că înscrisul menționat este o simplă adresă prin care ... comunică ...modul în care ar trebui să interpreteze polița de asigurare seria ... nr. ..., depusă inițial. O astfel de adresă nu poate constitui o reeditare a poliței de asigurare depusă inițial, neproducând niciun efect cu privire la conținutul poliței de asigurare.

În această situație, oferta depusă de asocierea ... SRL - ... SRL - ... SRL este inacceptabilă. Scrisoare de garanție - Instrument de garantare seria ... nr. ... redactat la 05.10.2023 este o reeditare modificată a poliței de asigurare seria ... nr. Deși instrumentul are același număr și aceeași dată cu cel depus inițial, conținutul său este modificat, cum rezultă din mențiunea din în final: „Parafată de Societatea de Asigurări ... în data de: 05.10.2023”.

Polița de asigurare a intrat în vigoare la 25.09.2023, fiind valabilă până la 25.03.2024. Singura variantă legală prin care clauzele din cuprinsul instrumentului de garantare puteau fi modificate/înlocuite/adăugate era întocmirea unui act adițional, nu rescrierea conținutului unui instrument întocmit în data de 25.09.2023 la o dată ulterioară, respectiv 05.10.2023.

Printr-un act adițional părțile puteau conveni înlocuirea asiguratului „... SRL” cu „asocierea ... SRL - ... SRL - ... SRL”, respectiv adăugarea prevederilor impuse de către autoritatea contractantă prin formularul din documentația de atribuire.

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 01.09.2023, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură simplificată în vederea procurării de servicii de proiectare și lucrări de execuție pentru renovarea

energetică a ... din municipiu, estimate valoric la 10.670.722,16 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 01.09.2023, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat două asocieri de operatori economici, respectiv asocierea ... SRL - ... SRL - ... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, și asocierea ...SRL - ... SRL, a cărei ofertă a fost desemnată câștigătoare, prin raportul procedurii de atribuire nr. ..., rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. Împotriva respingerii ofertei asocierii sale, pentru motivele evocate mai sus, ... 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 ... lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr..., emisă de ..., Sucursala ..., la data de

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită inclusiv din fișa de date și din formularele necesare, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru asocierile participante la procedura de atribuire (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației 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 (elocvente în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 2724gd82).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare devenită un truism și care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că respingerea ofertei asocierii contestatoarei este întemeiată, în esență, pe neîndeplinirea cerinței depunerii unei garanții de participare corespunzătoare.

La pct. II.1.5) – „Valoarea totală estimată” din fișa de date a achiziției, autoritatea a menționat: „Valoarea garanției de participare: 106000 RON”, iar la pct. III.1.6.a) – „Garanție de participare”:

Valoarea garanției de participare este înscrisă la Secțiunea II.1.5).

Modul de constituire a garanției de participare:

I. prin virament bancar, ordin de plată cu condiția confirmării acestora de către banca până cel târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor; Cont: ..., Trezoreria Galați, Cod fiscal ...;

II. printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii în conformitate cu prevederile art. 154 alin. 4 din Legea nr. 98/2016.

Garanția de participare trebuie să fie constituită în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

Garanția trebuie să fie irevocabilă și necondiționată.

Dovada constituirii garanției de participare (indiferent de forma prin care a fost constituită) va fi încarcată obligatoriu în SEAP, odată cu documentele ofertei, până la data limită de primire a ofertelor.

Asocierea ofertantă ... SRL - ... SRL - ... SRL a postat în SEAP:

- polița de asigurare seria ... nr. ..., având menționat ca asigurat SC ... SRL, parte a asocierii SC ... SRL (lider) - SC ... SRL (asociat) - SC ... SRL (asociat), pentru suma de 106.000 lei, în favoarea beneficiarului ..., cu indicarea procedurii de atribuire;

- condițiile generale de asigurare;

- instrumentul de garantare seria ... nr. ..., către ..., pentru suma de 106.000 lei, în care ofertant figurează doar SC ... SRL.

Aplicând art. 132 alin. (3) din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, potrivit cărora:

(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.

autoritatea contractantă a transmis asocierii solicitarea de clarificări nr. 188157/26.09.2023:

1. [...] comisia de evaluare vă solicită să clarificați modalitatea de îndeplinire a cerinței privind constituirea garanției de participare raportat la obiectivul de investiții construcții clădiri civile încadrate cel puțin în categoria de importanță normală C, în conformitate cu prevederile Regulamentului privind stabilirea categoriei de importanță a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 766/1997, așa cum a fost precizat în fișa de date, ținând cont de mențiunile ce apar înscrise pe site-ul ASF „Clase practicate - Asigurări generale, 10.2 Asigurări de răspundere civilă pentru răspunderea transportatorului(CMR)”.

2. În urma analizei documentelor aferente constituirii garanției de participare, comisia de evaluare a constatat următoarele:

- în SEAP, la rubrica „Lista participanți” secțiunea DUAE este înregistrat ca participant Asocierea ... (Leader), ..., ... însă în cadrul Instrumentului de garantare seria ... nr. ... din

25.09.2023, parte integranta la Polița de asigurare seria ... nr. ... din 25.09.2023 emisă de - ..., este precizat ofertantul: SC ... SRL;

- în poliță este menționat faptul că Plata primei de asigurare în valoare de 848 lei a fost achitată cu OP nr. 1 din data de 25.09.2023, document care nu a fost regăsit în cadrul ofertei.

- în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă a publicat în documentul Modeli formulare Pr. si exec. docx - formular Instrument de garantare.

Drept urmare, comisia de evaluare vă solicită:

- să clarificați aspectele semnalate privind denumirea ofertantului (ținând cont de faptul că ... SRL participă la procedură împreună cu alți operatori economici sub forma unei asocieri);

- să prezentați OP în valoare de ... lei prin care se confirmă faptul că a fost achitată prima de asigurare;

- să prezentați Instrument de garantare în conformitate cu formularul din documentația de atribuire.

Asocierea a formulat răspunsul nr. 1296/29.09.2023, la care a anexat:

- scrisoare din partea companiei de asigurări ...Bulgaria, în care se precizează:

Vă informăm că Insurance company ...a primit autorizarea de a opera pe teritoriul României, pentru clasele de asigurare 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.2, 11, 12, 13, 14, 15 (asigurări de garanții), 16 și 17, în concordanță cu notificarea către Comisia de Supraveghere Financiară din Bulgaria din 5 februarie 2007. Am constatat că informația prezentată pe site-ul autorității române este reflectată incorect, prin urmare au fost făcute demersurile necesare corectării acestei erori.

Vă rugăm să regăsiți anexat un extras de pe site-ul Comisiei de Supraveghere Financiară, din care rezultă că societatea a primit permisiunea de a funcționa pentru clasele de asigurare 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.2, 11, 12, 13, 14, 15, 16 și 17.

Astfel, Insurance company ...este o societate de asigurare care deține autorizație de funcționare emisa într-un alt stat membru al Uniunii Europene și are permisiunea de a funcționa în România prin intermediul Libertății de prestare a serviciilor conform notificării din 05.02.2007 publicată pe site-ul Comisiei de Supraveghere Financiară din Bulgaria, îndeplinind astfel cerințele din art.154, alin(4), lit.(b) pct. (iii) din legea 98/2016 "Asigurări de garanții emise".

- extras de pe siteul de internet al Comisiei de Supraveghere Financiară din Bulgaria ...

- ordin de plată ... în valoare de ... lei din 25.09.2023, de achitare a primei de asigurare.

Observând că lipsește instrumentul de garantare, autoritatea contractantă a revenit la asociere, cu solicitarea nr. ...:

Referitor Instrument de garantare seria ... nr. ...:

În Instrumentul de garantare este prezentat ofertantul ... SRL însă ofertantul participant în cadrul procedurii de atribuire este o asociere, respectiv Asocierea ... SRL - ... SRL - ... SRL;

În cuprinsul formularelor - parte a documentației de atribuire se regăsește Formularul - Instrument de garantare care conține și următoarele: „b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul (denumirea/numele) nu constituie garanția de bună execuție;

b^) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul (denumirea/numele) 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", informații care nu au fost cuprinse în Instrumentul de garantare prezentat la data limită de depunere a ofertelor.

Comisia de evaluare vă solicită să prezentați - Instrument de garantare revizuit sau Act adițional la Instrumentul de garantare care să clarifice toate aspectele semnalate.

Asocierea a formulat răspunsul nr. 1325/03.10.2023, la care a anexat:

- polița de asigurare seria ... nr. ...;
- condițiile generale de asigurare;
- instrumentul de garantare seria ... nr. ..., în care ofertant este menționată asocierea SC ... SRL (lider) - SC ... SRL (asociat) - SC ... SRL (asociat).

Întrucât instrumentul nu conținea toate informațiile, autoritatea contractantă a revenit la asociere, cu solicitarea nr. 194331/ 02.10.2023:

În cuprinsul formularelor - parte a documentației de atribuire se regăsește Formularul - Instrument de garantare care conține și următoarele:

b^) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul (denumirea/numele) 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", informații care nu au fost cuprinse în Instrumentul de garantare prezentat la data limită de depunere a ofertelor.

Comisia de evaluare vă solicită să prezentați - Instrument de garantare care să conțină toate informațiile conform documentului Formular - Instrument de garantare (parte a documentației de atribuire) sau Act adițional la Instrumentul de garantare care să clarifice toate aspectele semnalate.

Asocierea a formulat răspunsul nr. 1373/05.10.2023, la care a anexat instrumentul de garantare seria ... nr. ..., în care figurează și cazul „b^)", expus mai sus, instrument semnat electronic de două persoane la 05.10.2023.

Legat de abilitarea ... de a opera pe teritoriul României și de a emite asigurări pentru clasa 15, forul administrativ de jurisdicție observă că această societate are sediul declarat în Uniunea Europeană (...), este înregistrată la Комисия за финансов надзор (Comisia de Supraveghere Financiară) din Bulgaria și figurează inclusiv pe siteul acestei comisii, după cum confirmă datele de la https://www.fsc.bg/?page_id=28190&lang=en, cu notificare pentru a activa în România (mai multe clase, între care și 15):

Начало / Supervised entities / Notifications / Bulgarian insurance undertakings which notified about the intention to operate on the territory of the EU Member States under the conditions of freedom to provide services or right of establishment /

...
VAT Number: ...

Address: ...

LEI Code:

[...]

Romania

Date of notification: 05.02.2007

Class of insurance: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, **15**, 16, 17, 18

Mai mult, ... figurează și în evidențele Autorității de Supraveghere Financiară din România, în Registrul asigurătorilor și intermediarilor din Spațiul Economic European, disponibil la adresa ... asiguratori-si-intermediari-din-see (captura de ecran redată mai jos este efectuată la data adoptării prezentei decizii a Consiliului):

Referitor la clasele produselor de asigurare, pe același site al Autorității de Supraveghere Financiară din România, compania ... apare activă inclusiv cu clasa 15:

...

Este veridică explicația din scrisoarea antemenționată depusă de ..., în care se precizează:

Vă informăm că Insurance company ...a primit autorizarea de a opera pe teritoriul României, pentru clasele de asigurare 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.2, 11, 12, 13, 14, **15 (asigurări de garanții)**, 16 și 17, în concordanță cu notificarea către Comisia de Supraveghere Financiară din Bulgaria din 5 februarie 2007. **Am constatat că informația prezentată pe site-ul autorității române este reflectată incorect, prin urmare au fost făcute demersurile necesare corectării acestei erori.**

Astfel fiind, până la proba contrară, care nu a fost produsă de ..., acesta este obligat să recunoască funcționarea pe teritoriul României a respectivei societăți de asigurări, inclusiv pentru clasa 15 (asigurări de garanții).

Vizavi de polița de asigurare și de instrumentul de garantare, până la înscrierea lor în fals, ele trebuie interpretate conjugat și constituie documente valabile la procedura de atribuire pendinte. Chiar dacă în forma inițială a instrumentului de garantare apărea drept ofertant doar SC ... SRL, nu trebuie omis că în cuprinsul instrumentului exista precizarea: *„În cazul în care ofertantul este constituit sub forma unei asocieri, prezenta garanție acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici și este irevocabilă.”* Prin urmare, garanția era acoperitoare pentru autoritate în această privință. Ea este acoperitoare și în ceea ce privește ipoteza de la lit. b[^]), ultima formă a instrumentului având clauza *„b[^]) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul Asocierea SC ... SRL (lider) - SC ...SRL (asociat) - SC ... SRL (asociat) 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.”*

În speță și în general, organizatoarea oricărei licitații este datoare să își exercite în mod efectiv și corect rolul activ, ieșind de sub imperiul formalismului exagerat, interpretării strict textuale a regulilor, analizând documentele ofertei în ansamblul lor, ca un tot unitar și sistematic, iar nu doar prin prisma unei anumite forme, care nu poate prevala asupra fondului. Neluarea în considerare a răspunsurilor date de asocierea ofertantă și, în special, a instrumentului de garantare seria ... nr. ... revizuit de două ori de către emitent, potrivit instrucțiunilor autorității, ar dovedi o atitudine impregnată de un formalism rigid și fără suport rațional, de care legiuitorul se îndepărtează, dovadă fiind chiar dispozițiile art. 132 alin. (3) din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, care admit existența și corectarea neconcordanțelor garanțiilor de participare (corectarea presupune și eventuale modificări de conținut ale poliței, dacă este cazul). Adăugarea denumirii asocierii și a clauzei „b[^])” semnifică tocmai o remediere permisă de legislația achizițiilor publice, efectul său fiind de aliniere a scrisorii de garanție la cerințele relevate și solicitate expres de municipiul

organizator. Imperativul menținerii ofertei în competiție trebuie să fie abordat cu flexibilitatea admisă chiar de lege și fără formalism excesiv.

Pledoaria ...și a ...SRL pleacă de la premisa eronată că instrumentele de garantare nu pot fi remediate, ceea ce contravine raționamentului legal reținut mai sus. A nu se omite că însuși municipiul pârât i-a cerut asocierii să depună un instrument de garantare revizuit, însemnând că accepta revizuirea celui inițial. De altminteri, efectul juridic al remedierii este similar încheierii unui act adițional, autoritatea fiind acoperită de riscurile asigurate în ambele variante.

Consiliul apreciază că răspunsul punctual de clarificare dat de asocierie la ultima solicitare (întrucât precedentele răspunsuri au fost acceptate de autoritate, nerespingând oferta) a fost pe măsura solicitării autorității și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat suficient și credibil. Instrumentul revizuit adus se referă tocmai la solicitarea autorității și nu are nimic neconcludent. Indiferent dacă a fost parafat și semnat la 05.10.2023, instrumentul rămâne valabil și opozabil ..., care nu a suferit nicio vătămare prin recepționarea lui la 05.10.2023. Nu există niciun indiciu care să susțină opinia că respectivul răspuns se sustrage întrebării exprese a autorității ori că ar fi neconcludent. În Hotărârea sa din 10 octombrie 2013, cauza C-336/12, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul art. 267 TFUE de Østre Landsret (Danemarca), prin decizia din 4 iulie 2012, în procedura Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser împotriva Manova A/S, Curtea Europeană de Justiție a consemnat:

37. În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat **sau a defavorizat nejustificat** candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41).

38. Această concluzie, care privește ofertele prezentate de ofertanți, poate fi transpusă în cazul dosarelor de candidatură depuse în cadrul etapei de preselecție a candidaților la o procedură restrânsă.

39. Astfel, autoritatea contractantă poate solicita ca datele care figurează într-un astfel de dosar să fie corectate sau completate punctual, în măsura în care o asemenea cerere privește elemente sau date, precum bilanțul publicat, a căror anterioritate în raport cu expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv.

Scopul art. 132 alin. (3) din norme este de a conferi autorităților contractante o marjă de flexibilitate în contextul aprecierii neregularităților, astfel încât să nu excludă ofertanții eligibili. Datele din instrumentele de garantare asociate ofertei pot fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea din

29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alți, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 40, și Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punctul 63).

Mutatis mutandis, conform principiului proporționalității, astfel cum a reținut Curtea Constituțională în Decizia nr. 662 din 11 noiembrie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 47 din 20 ianuarie 2015, paragraful 28, orice măsură luată trebuie să fie adecvată - capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, necesară - indispensabilă pentru îndeplinirea scopului și proporțională - justul echilibru între interesele concurente pentru a fi corespunzătoare scopului urmărit. Cu privire la testul de proporționalitate, a se vedea și Decizia nr. 686 din 26 noiembrie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 68 din 27 ianuarie 2015, Decizia nr. 390 din 2 iulie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 532 din 17 iulie 2014, sau Decizia nr. 266 din 21 mai 2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 443 din 19 iulie 2013.

Prin urmare, aprecierea autorității că răspunsul este neconcludent este nefondată. În cauză, persistența anumitor nelămuriri nu poate avea drept consecință sancționarea societății respondente cu excluderea de la procedură, prin respingerea ofertei sale, ci clarificarea îndoielilor care persistă. O sancțiune cu excluderea ar fi mult prea drastică față de deficiența care a cauzat-o, motiv pentru care, prin aplicarea ei, s-ar putea reține că autoritatea se abate de la principiul proporționalității derulării achiziției publice, pe care este obligată să îl respecte în temeiul art. 49 din lege.

Din coroborarea tuturor acestor considerente, organul administrativ-jurisdicțional determină că în mod neîntemeiat și nelegal autoritatea a respins oferta asocierii ... SRL - ...SRL - ... SRL, obiecțiile contestatoarei vădindu-se a fi fondate. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, trebuie admisă contestația ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., cu anularea raportului procedurii de atribuire nr. 20920/07.11.2023 și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, toate în partea care privește respingerea ofertei asocierii contestatoarei. Concomitent, trebuie obligată autoritatea contractantă la reevaluarea amintitei oferte, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În

baza aceluiași temei legal, autoritatea este obligată să comunice ofertanților rezultatul reevaluării ofertei, cu respectarea legislației aplicabile.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic.

Cheltuielile „de judecată”, arată contestatoarea, vor fi solicitate pe cale separată.

Forul administrativ-jurisdicțional constată și primirea și înregistrarea cu nr. ... a cererii de intervenție accesorie aparținând ...SRL, la analiza condițiilor de formulare a căreia, în raport cu prevederile în vigoare ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, se observă admisibilitatea ei în principiu:

(3) 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.

(4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/testatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.

...SRL are calitatea de ofertantă câștigătoare în asociere cu Atu Consulting SRL la procedura de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină, prin promovarea cererii, constând în menținerea poziției de câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Interesul intervenientei de a își păstra poziția și de a semna contractul care i-a fost atribuit este unul legitim, născut, personal și actual (condiții enumerate la art. 33 C. proc. civ.). Din parcurgerea cuprinsului cererii

intervenientei, se vădește că este în sensul sprijinirii poziției autorității contractante, fără nicio pretenție proprie, cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care Consiliul stabilește că cererea este intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante, după cum este și indicat în prima pagină.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul apreciază nefondată cererea de intervenție, motiv pentru care o va respinge ca atare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., și anulează raportul nr. 20920/ 07.11.2023 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, toate în partea care privește respingerea ofertei asocierii ... SRL - ...SRL - ... SRL. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea temeinică a acestei oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult treizeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica celor două asocieri rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. ..., depusă de ...SRL, și o respinge ca nefondată.

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 cinci exemplare, conține cincisprezece pagini.