



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 408/21.04.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ..., cu sediul ales la Societatea de Avocați "...", cu sediul în ..., formulată împotriva rezultatului procedurii emis de către SC ... SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „...”, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ..., înaintată de ..., cu sediul în ..., reprezentată prin avocat ..., formulată împotriva rezultatului procedurii, emis de ... SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

„- să se constate nelegalitatea deciziei de anulare a procedurii de atribuire comunicate prin adresa nr. M.04.01.01/817 din 28.04.2016 (referitoare la lotul II) și să se anuleze adresa amintită prin care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, decizia de anulare a procedurii de atribuire, precum și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente acestora, precum și a celor conexe cu adresa amintită emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii, deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, etc., dacă au fost emise de autoritatea contractantă;

- să se dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire (referitoare la lotul II) și anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor care au reținut această decizie și, pe cale de

consecință, la continuarea procedurii de atribuire luând în considerare cele menționate în contestație;

- să se pună în vedere autorității contractante să depună în copie dosarul de achiziție publică, potrivit dispozițiilor art. 274 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, având în vedere solicitarea contestatoarei de a studia dosarul de achiziție publică în conformitate cu art. 274 alin. (4) din OUG nr. 34/2006;

- solicită Consiliului pronunțarea unei decizii ulterior datei la care le va fi asigurat accesul la dosarul cauzei, astfel încât să poată uza de toate informațiile care nu le-au fost comunicate, care nu sunt opozabile în acest moment și la care are dreptul, conform prevederilor art. 213 și art. 274 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, astfel încât să nu le fie îngădit dreptul de a contesta acte care fac parte din dosarul de achiziție publică, care nu le-au fost comunicate și care aduc o vătămare contestatoarei, solicitând în egală măsură acordarea posibilității de a formula concluzii scrise în temeiul art. 275 alin. (6) din OUG nr. 34/2006”.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu SC ... SA și dispune anularea raportului procedurii nr. M.04.01.01/788/27.04.2016, încheiat pentru lotul al doilea, precum și finalizarea procedurii prin evaluarea ofertelor depuse pentru acest lot.

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu SC ... SA, iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol, dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 408/21.04.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de licitație deschisă indicată mai sus, organizată de ... SA, critică decizia autorității contractante de a respinge oferta sa. Motivul respingerii ofertei a fost constituirea garanție de participare doar în numele unuia dintre membrii asocierii care a depus oferta.

Ședința de deschidere a ofertelor a avut loc la data de 11.04.2016, în urma careia s-a încheiat Procesul-Verbal nr. M.04.01.01/661, din care reiese participarea la procedură a unui număr de 5 (cinci) ofertanti.

În cadrul ședinței de deschidere a ofertelor autoritatea contractantă a reținut incidența dispozițiilor art. 33 alin. (3) din HG nr. 925/2006 și a dispus respingerea ofertei contestatoarei fiindu-i restituită oferta în integralitate „deoarece nu a fost însoțită de garanția de participare, având forma solicitată în documentația de atribuire (...). În cazul de față, scrisoarea de garanție bancară menționează ca ofertant pe Quantum Protect față de informațiile cuprinse în documentele ofertei, din care rezultă că ofertantul este Asocieria ... SA”.

Conform cerințelor din documentația de atribuire, contestatoarea a depus odată cu oferta garanția de participare emisă de Banca Transilvania care respecta întrutotul dispozițiile legale din materia achizițiilor publice.

Potrivit art. 43¹ din OUG nr. 34/2006 „(1) Garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare, în vederea participării la procedura de atribuire a contractului, atunci când prezenta ordonanță de urgență prevede obligativitatea publicării unui anunț sau a unei invitații de participare. Documentația de atribuire trebuie să conțină următoarele informații:

- cuantumul garanției de participare, menționat și în invitația de participare/anunțul de participare, în sumă fixă ce nu poate depăși 2% din valoarea estimată a contractului, dar nu mai puțin decât sumele prevăzute la art. 278¹ alin. (1);

- perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, la stabilirea acesteia fiind avute în vedere dispozițiile art. 276 alin. (1), astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire”.

De asemenea, potrivit art. 86 din HG nr. 925/2006 „(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, care se prezintă în original, în cuantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire.

Garanția trebuie să fie irevocabilă.

Instrumentul de garantare trebuie să prevadă dacă plata garanției se va executa:

- condiționat, respectiv după constatarea culpei persoanei garantate, în conformitate cu contractul garantat; sau
- necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate".

Raportat la dispozițiile legale anterior menționate, rezultă faptul că societatea contestatoare a respectat întocmai condițiile prevăzute de legiuitor cu privire la elementele de formă și de fond privind emiterea garanției de participare.

În aceste condiții, măsura dispusă de autoritatea contractantă de respingere a ofertei contestatoarei în ședința de deshidere este vădit nelegală, deoarece motivul invocat în susținerea acestei măsuri nu se încadrează în situațiile prevăzute de legiuitor la art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006.

Astfel, solicită să se constate că eroarea materială constând în lipsa denumirii complete a asocierii din cuprinsul scrisorii de garanție nu este de natură să lipsească de valabilitate angajamentul societății de asigurări care va pune la dispoziție autorității contractante suma de 363.000 lei în situațiile prevăzute de lege.

Motivul de respingere a ofertei contestatoarei reținut de autoritatea contractantă trebuia să facă obiectul unor solicitări de clarificări, astfel de demersuri neputând fi considerate avantaje în favoarea unui anumit ofertant, ci o îndeplinire corespunzătoare a atribuțiilor legale și o verificare detaliată și amănunțită a ofertei, relevante în acest sens fiind dispozițiile art. 78 din HG nr. 925/2006.

Dreptul reglementat de legiuitor în favoarea autorității contractante de a solicita clarificări și lămuriri „nu poate fi interpretat în sensul ca autoritatea contractantă poate să-și exercite în mod discreționar prerogativa legală, aceasta, în condițiile în care alege să nu își exercite acest drept, trebuind să motiveze împrejurarea ca unui anumit ofertant/candidat sau tuturor acestora nu le este solicitată clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate", așa cum corect a reținut Consiliul National de Soluționare a Contestatiilor într-o speță similară.

În situația în care ar fi respectat această obligație imperativă, autoritatea contractantă ar fi constatat ca lipsa denumirii asocierii din scrisoarea de garanție reprezintă un simplu viciu de formă în înțelesul art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006, care prevede că „Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire".

Solicită să se observe că, în speță, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de legiuitor la art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006, astfel:

Lipsa denumirii complete a asocierii reprezintă o omisiune a cărei completare este susținută în mod neechivoc de întregul conținut al ofertei depuse, din care rezulta ca ofertantul este Asocierea SC Quantum Protect SRL - Calmell SA;

În cuprinsul scrisorii de garanție este menționată autoritatea contractantă, denumirea procedurii de atribuire, valoarea aferentă garanției de participare pentru cele doua loturi;

Corectarea/completarea denumirii asocierii în cuprinsul scrisorii de garanție are un simplu rol de clarificare și confirmare, nefiind susceptibilă să creeze un avantaj asocierii în raport cu ceilalți participanți.

Prin urmare, un prim motiv de nelegalitate a măsurii dispuse de autoritatea contractantă constă în faptul că aceasta a ignorat dispozițiile legale care impun în sarcina autoritatilor obligația de a clarifica ofertele înainte de a dispune respingerea acestora pentru motive de neconformitate sau inacceptabilitate.

Învederează că, în sensul caracterului abuziv al respingerii unei oferte pe considerente pur formale fără solicitarea unei clarificări prealabile s-au pronunțat în repetate rânduri atât Consiliul, cât și instanțele de judecată, anexând, în acest sens, practică judiciară și a Consiliului.

Mai mult, solicită să se constate că valabilitatea Scrisorii de garanție rezidă și din cuprinsul Acordului de asociere.

Astfel, din Acordul de asociere nr. 7208/06.04.2016, din adresa de înaintare a ofertei, precum și din întreg conținutul ofertei rezultă în mod indubitabil faptul că oferta a fost depusă de asociere, reprezentată de lider.

Prin urmare, toate actele liderului, mandatar al asocierii, reprezintă angajamente asumate de către asociere pentru participarea la procedura de atribuire organizată de către ... Astfel, este evident că și garanția de participare a fost emisă în același scop, pe numele liderului și în favoarea întregii asocieri.

În concluzie, solicită să se constate că fiind nelegală respingerea ofertei asocierii în condițiile în care contestatoarea a făcut dovada constituirii garanției de participare iar în temeiul art. 78, coroborat cu art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006, viciile de formă constatate în cuprinsul documentelor prezentate fiind posibil de remediat fără încălcarea principiului tratamentului egal.

Având în vedere că la acest moment nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere în condițiile în care oferta contestatoarei a fost restituită în integralitate, apreciază că se impune anularea întregii proceduri de atribuire organizată de ... SA. În măsura în care se va aprecia totuși că fiind posibilă adoptarea oricăror alte măsuri utile pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire, solicită să se procedeze la aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Pentru toate aceste considerente, se solicită să fie admisă contestația astfel cum a fost formulată și să se dispună anularea procedurii de atribuire.

Prin cea de a doua contestație formulată împotriva rezultatului procedurii, ..., în calitate de participantă la procedura de licitație deschisă indicată mai sus, critică decizia autorității contractante de anularea procedurii pentru Lotul II.

În urma anunțului de participare, ... a depus ofertă pentru ambele loturi în termenul limită de depunere a ofertelor.

La procedura de atribuire amintită au depus oferte pentru lotul II următorii operatori economici:

- Paragon - 7.344.303,80 euro (32.798.191,91) lei,

- asocierea ... SRL - 32.996.000 lei,

- asocierea ... S.A. - ofertant eliminat în ședința de deschidere a ofertei întrucât nu a prezentat garanția de participare în forma solicitată de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Prin adresa nr. M.04.01.01/817 din 28.04.2016 (comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire) autoritatea contractantă i-a comunicat următoarele:

"În urma procesului de evaluare desfășurat în cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru de achiziție Cartele magnetice și carduri contactless, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin. (4) lit. b) ale aceluiași articol din OUG nr. 34/2006 (...) procedura de atribuire organizată (...) se anulează".

"În cadrul procesului de evaluare s-a constatat un element de neconformitate privind scrisoarea de garanție de participare depusă pentru oferta Asocierii ... SRL, similar celui pentru care a fost respinsă oferta Asocierii ... SA, element care nu a fost sesizat, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor".

"Aspectul privind elementul de neconformitate care nu a fost sesizat în ședința de deschidere a ofertelor, ci în cadrul unei ședințe de evaluare, reprezintă în mod evident o eroare materială în procesul de analiză din cadrul ședinței de deschidere, eroare materială datorită căreia oferta Asocierii ... SRL nu a fost respinsă în ședința de deschidere astfel cum s-a procedat cu oferta Asocierii ... SA aflată într-o situație similară".

"Având în vedere abordarea și decizia adoptată în raport de situația ofertei Asocierii ... S.A., adoptarea unei măsuri corelative privind eroarea constatată nu mai este posibilă prin raportare la etapa specifică a procedurii fără a conduce la încălcarea principiului prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006".

"Astfel măsura respingerii la momentul actual a ofertei Asocierii ... SRL (ofertă deschisă în cadrul ședinței de deschidere), ținând seama de etapa specifică în care se află procedura, se consituie ca măsură corectivă care aduce atingere principiului tratamentului egal, în raport de abordarea față de oferta Asocierii ... SA, respinsă în cadrul ședinței de deschidere și returnată reprezentantului ofertantului prezent la deschidere".

Având în vedere că în ceea ce privește decizia de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă nu a procedat în mod corespunzător, realizând ea însăși un abuz prin anularea procedurii și încălcând tratamentul egal față de contestatoare, consideră că se impune, anularea deciziei de anulare și continuarea procedurii de atribuire constând în reevaluarea ofertelor cu luarea în considerare a următoarelor aspecte:

PRECIZARE PREALABILĂ:

Interesul legitim al contestatoarei de a contesta decizia de anulare a procedurii de atribuire, respectiv comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. M.04.01.01/817 din 28.04.2016, rezultă din calitatea sa de participant la procedura de licitație deschisă și inițiată prin anunțul de participare publicat în SEAP cu nr. ..., dovedită inclusiv prin documentul întocmit în cadrul acesteia (Comunicarea rezultatului procedurii nr. M.04.01.01/817 din 28.04.2016), calitate față de care contestatoarea este vătămată în interesul său legitim de a se respecta legislația în domeniul achizițiilor publice, de a se continua procedura de achiziție, cu atât mai mult cu cât oferta sa s-ar clasa pe locul I dacă s-ar admite contestația.

Totodată, a constituit garanția de bună conduită în conformitate cu dispozițiile art. 271¹ din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare. Dovada îndeplinirii acestei condiții o face cu documente (atașate la prezenta contestație). Originalul a fost transmis autorității contractante, iar o copie a fost transmisă CNSC-ului.

Solicită, în temeiul art. 274 alin. (4) și alin. (5) din același act normativ accesul la dosarul de achiziție publică pentru a putea formula apărările detaliate cu privire la rezultatul procedurii și modalitatea de evaluare a ofertelor.

Așadar, solicită să i se comunice data (care să nu se refere doar la două zile pentru studiu sau pentru formularea eventualelor concluzii scrise) la care să fie permis studiul dosarului de achiziție publică, cu rugămintea să se acorde un termen suficient pentru studiul dosarului precum și pentru a depune eventualele concluzii scrise având în vedere complexitatea contractului de achiziție publică, a documentației de atribuire, a valorii mari a contractului și a numărului de oferte depuse, și importanței prezentei proceduri de atribuire și a contractului ce urmează a fi atribuit.

DEZVOLTAREA ARGUMENTELOR DE FAPT ȘI DE DREPT

Comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nu respectă prevederile art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006, nefiind motivată în fapt și în drept. având în vedere următoarele:

Din cuprinsul comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. M.04.01.01/817 din 28.04.2016 nu rezultă clar motivele și argumentele pentru care procedura de atribuire a fost anulată, încălcându-se prevederile art. 201 din OUG nr. 34/2006 care obligă autoritatea contractantă să precizeze "motivul concret care a determinat decizia de anulare".

Așadar, au fost încălcate și prevederile art. 210 din Ordonanță potrivit căroră: *"Autoritatea contractantă are obligația de a comunica în scris tuturor participanților la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, atât încetarea obligațiilor pe care aceștia și le-au creat prin depunerea de oferte, cât și motivul concret care a determinat decizia de anulare, înăuntrul termenului prevăzut la art. 200"*.

Or, în cadrul comunicării rezultatului procedurii de atribuire nu se menționează exact care este motivul anulării întrucât autoritatea contractantă folosește exprimări generale așa cum rezultă din următoarele:

- *"s-a constatat un element de neconformitate privind scrisoarea de garanție de participare depusă pentru oferta Asocierii ... similar celui pentru care a fost respinsă oferta Asocierii ... SA"* (care este "elementul de neconformitate similar" la care face trimitere autoritatea contractantă ?)

- *"Aspectul privind elementul de neconformitate care nu a fost sesizat în ședința de deschidere a ofertelor, ci în cadrul unei ședințe de evaluare reprezintă în mod evident o eroare materială în procesul de analiză din cadrul ședinței de deschidere, eroare materială datorită căreia oferta Asocierii Inform ... S.R.L., nu a fost respinsă în ședința de deschidere astfel cum s-a procedat cu oferta Asocierii ... S.A. aflată într-o situație similară",* (care este "situația similară" la care face trimitere autoritatea contractantă ?).

- *"adoptarea unei măsuri corective privind eroarea constatată nu mai este posibilă prin raportare la etapa specifică a procedurii fără a conduce la încălcarea principiului prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006".* (care este articolul de lege care interzice eliminarea unui operator economic pentru neconstituirea corectă a garanției de participare ulterior ședinței de deschidere a ofertei ?).

- *"Astfel măsura respingerii la momentul actual a ofertei Asocierii ... S.R.L. (ofertă deschisă în cadrul ședinței de deschidere), ținând seama de etapa specifică în care se află procedura, se constituie ca măsură corectivă care aduce atingere principiului tratamentului egal, în raport de abordarea față de oferta Asocierii ... SA "* (care este articolul de lege care interzice eliminarea unui operator economic pentru neconstituirea corectă a garanției de participare ulterior ședinței de deschidere a ofertei?; nu cumva anularea procedurii de atribuire afectează principiul tratamentului egal față de oferta contestatoarei care ar fi singura ofertă acceptabilă fiind o măsură mult prea restrictivă față de eroarea/viciul pe care îl invocă autoritatea contractantă și față de posibilitatea autorității contractante de a o remedia ?)

Așadar, motivarea actului administrativ, mai ales atunci când este prevăzută de lege (art. 210 din OUG nr. 34/2006), justificarea rațiunilor de fapt și de drept care au stat la baza emiterii acestuia, reprezintă o garanție a respectării legii și a ocrotirii drepturilor individuale, o formă de protejare a persoanelor împotriva arbitrarului puterii publice, care, în aceste condiții, devine evident și poate fi cenzurat pe cale juridisicțională.

Puterea discreționară conferită unei autorități publice nu poate fi privită, într-un stat de drept, ca o putere absolută și fără limite, motivarea actului administrativ fiind privită din perspectiva posibilității persoanei de a aprecia asupra legalității măsurii, respectiv asupra respectării granițelor dintre puterea discreționară și arbitrar.

A accepta teza potrivit căreia autoritatea nu trebuie să-și motiveze deciziile, comportându-se ca și cum subiectul de drept ar fi trebuit să intuiască și să anticieze raționamentul autorității publice echivalează cu golirea de conținut a esenței democrației și a statului de drept bazat pe principiul legalității.

Astfel, în condițiile în care autoritățile publice sunt obligate să asigure informarea ofertanților asupra motivelor în temeiul cărora procedura de atribuire este anulată în condițiile în care deciziile acestor autorități sunt supuse controlului administrativ - jurisdicțional/ judecătoresc pe calea contenciosului administrativ nu se poate susține, că este permisă absența motivării explicite a actului administrativ contestat.

Dacă analizează modul în care autoritatea contractantă a expus decizia sa de anulare a procedurii de atribuire se vor observa următoarele:

- Autoritatea contractantă nu a indicat în concret care este temeiul juridic care îi interzice acesteia să elimine din cadrul procedurii de atribuire o ofertă ce nu este însoțită de garanția de participare în forma sau cuantumul solicitat.

- Nu a fost identificată "neconformitatea similară" care a determinat luarea acestei decizii.

- Autoritatea contractantă menționează că a fost încălcat tratamentul egal raportat la Asocierii ... S.A dar în egală măsură o decizie de anulare a procedurii de atribuire încalcă același principiu raportat la oferta contestatoarei, întrucât aceasta nu are nicio culpă pentru eroarea și formalismul de care a dat dovadă comisia de evaluare.

- Nu a fost avut în vedere principiul proporționalității potrivit căreia o decizie trebuie să fie proporțională cu scopul urmărit. Or, scopul urmărit, care este protejat de interesul general este tocmai atribuirea acestui contract, iar măsura anulării pentru o astfel de eroare atât de nesemnificativă este disproporționată cu scopul urmărit și contradictorie cu interesul general protejat (în condițiile în care legea privind achizițiile publice permite comisiei de evaluare să respingă ofertantul care nu prezintă garanția de participare și pe parcursul evaluării).

În atare condiții, în lipsa unei motivări, este imposibil de expus în mod concret care sunt contraargumentele pentru aspectele pe care s-a bazat autoritatea contractantă, respectiv să anticipeze ce a avut în vedere la momentul deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

Astfel, ... nu a argumentat motivele de anulare a procedurii de atribuire, astfel încât, în lipsa motivării atât în fapt cât și în drept a acesteia se află în mod clar în fața unui viciu procedural care nu ne permite să își formuleze apărările în situația de față.

În ceea ce privește decizia de anulare a procedurii de atribuire, aceasta este nelegală și neîntemeiată având în vedere următoarele:

Întrucât nu există nicio detaliere a motivelor pentru care autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire se va raporta la informațiile pe care le cunoaște din ședința de deschidere a ofertei, când a fost respinsă oferta Asocierii ... S.A.

În cadrul ședinței de deschidere a ofertei autoritatea contractantă a respins oferta Asocierii ... S.A. *"deoarece nu a fost însoțită de garanția de participare, având forma solicitată în documentația de atribuire, astfel cum a fost aceasta completată/modificată prin clarificări și erate. Documentația de atribuire prevede "în cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii". În cazul de față, scrisoarea de garanție bancară menționează că ofertantul Quantum Protect, față de informațiile cuprinse în documentele ofertei din care rezultă că ofertantul este Asocierea ... SA "*

Singurul aspect față de care pot lega "neconformitatea similară" la care face trimitere autoritatea contractantă este că și în cazul Asocierii ... S.R.L. garanția de participare nu era conformă cu documentația de atribuire, dar nu se înțelege la care dintre cerințe este vorba (fie cuantumul, fie forma garanției).

Cu toate acestea, autoritatea contractantă menționează că la momentul deschiderii ofertelor comisia de evaluare nu a observat acest viciu, dar a observat această neconformitate la momentul evaluării ofertelor, însă nu mai poate elimina acest ofertant întrucât nu l-a eliminat în ședința de deschidere a ofertei.

Acest raționament este eronat și ignoră prevederile art. 33 alin. (3), ale 36 alin. (1) lit. a), ale art. 37 alin. (1), ale art. 38 alin. (3), ale art. 72 alin. (2) lit. (a) și lit. h) și ale art. 81 din H.G. nr. 925/2006.

Astfel, în primul rând, Comisia de evaluare are drept atribuții: *"deschiderea ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta și stabilirea ofertelor inacceptabile sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării ofertelor respective în această categorie".* [art. 72 alin. (2) lit. (a) și lit. h) din HG nr. 925/2006].

Nu există niciun act normativ care să interzică autorității contractante să repare o eroare pe care a realizat-o în ședința de deschidere a ofertei, mai ales că este vorba despre eliminarea unui operator economic pe motivul că garanția de participare nu este conformă cu documentația de atribuire.

Această concluzie rezultă din interpretarea prevederilor art. 33 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006 potrivit cărora: *"(3) În cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care se încadrează într-una dintre următoarele situații: (...) b) nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire".*

Articolul susmenționat nu face altceva decât să stabilească o excepție și un drept al autorității contractante de a elimina un ofertant încă din ședința de deschidere a ofertei, doar pentru acest motiv, însă nu reglementează că doar în ședința de deschidere se poate elimina un astfel de ofertant, cu atât mai mult cu cât dispozițiile art. 72 alin. (2) lit. (a) și lit. h) din H.G. nr. 925/2006 stabilesc că comisia de evaluare are drept atribuție stabilirea ofertelor inacceptabile sau neconforme, fără a se indica momentul când aceasta poate lua o astfel de decizie de respingere a unui ofertant.

Mai mult, potrivit art. 37 alin. (1) din HG nr. 925/2006 *"Ofertele care nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 36 sunt singurele oferte care pot fi considerate admisibile"* iar conform dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. a) din același act normativ: *"Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: a) se încadrează în categoria celor prevăzute la art. 33 alin. (3);"*

Încă două articole stabilesc concret cum ar trebui să procedeze autoritatea contractantă atunci când se întâlnesc cu situația în care ofertele nu prezintă garanția de participare conform documentației de atribuire: să le respingă ca inacceptabile, fără a se menționa momentul când comisia de evaluare poate lua o astfel de decizie, ceea ce îl determină să considere că o astfel de măsură poate fi luată atât în cadrul ședinței de deschidere a ofertei cât și pe parcursul evaluării ofertelor.

Dar iarăși nu se menționează dacă această eliminare trebuie să aibă loc doar în cadrul ședinței de deschidere a ofertei sau și pe perioada evaluării acestora.

Astfel, articolul 37 și 36 din HG nr. 925/2006 fac trimitere la situațiile care sunt indicate în cadrul articolului 33 alin. (3) din același act normativ, iar nu la momentul în care se poate lua decizia de respingere a ofertelor, confirmându-se faptul că art. 33 alin. (3) din același act normativ creează o situație excepțională, respectiv un drept (o permisiune) al autorității contractante de a elimina un operator economic în cadrul ședinței de deschidere.

Însă, nu se poate considera că acest drept este o obligație, atât timp cât pe de o parte din modul de exprimare a legiuitorului rezultă că acesta a permis autorității să elimine un operator economic în ședința de deschidere pentru cele două motive enumerate în articol (dar nu a limitat această permisiune doar la momentul deschiderii ofertei) iar pe de altă parte dispozițiile art. 37 și 36 din HG nr. 925/2006 fac trimitere la situațiile în care o ofertă este inacceptabilă, enumerând și cele două situații menționate la art. 33 alin. (3) lit. a) și lit.b) din același act normativ.

De asemenea, conform art. 38 alin. (3) din HG nr. 925/2006 *"autoritatea contractantă are obligația de a invita la etapa de licitație electronică numai ofertanții care au depus oferte admisibile"*.

În egală măsură, acest articol creează o obligație autorității contractante de a evalua ofertele din punct de vedere al admisibilității acestora respectiv de a verifica pe parcursul evaluării dacă ofertanții se încadrează în situațiile prevăzute la art. 36 din II.G. nr. 925/2006, inclusiv dacă o ofertă nu cuprinde garanția de participare conformă cu documentația de atribuire.

Așadar, articolele susmenționate stabilesc expres obligația autorității contractante de a evalua ofertele, de a stabili care sunt ofertele admisibile, de a elimina ofertele inacceptabile, precum și obligația de a invita în etapa de licitație electronică numai ofertanții care au depus ofertele admisibile.

Or, în cazul de față autoritatea contractantă a emis o decizie abuzivă, care nu numai că ignoră dispozițiile susmenționate, dar, fără a

indica temeiul legal, a considerat că nu poate elimina un ofertant pentru motivul că oferta sa nu conține garanția de participare în conformitate cu documentația de atribuire decât în ședința de deschidere a ofertelor, fapt total eronat.

De asemenea, autoritatea contractantă a considerat că dacă ar fi luat o astfel de măsură (de a respinge oferta Asocierii ... SRL) s-ar încălca principiul tratamentului egal raportat la modul în care a procedat cu Asocierea ... SA invocând dispozițiile art. 209 alin. (1) lit. c) coroborate cu alin. (4) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

Cu toate acestea, ... nu a argumentat în ce mod s-ar încălca principiul tratamentului egal, acest raționament fiind greșit întrucât dacă s-ar respinge Asocierii ... SRL în ședințele de evaluare a oferei și s-ar continua procedura nu ar exista niciun avantaj sau dezavantaj pentru oricare dintre cele două societăți.

Principiul tratamentului egal reprezintă aplicarea, în mod nediscriminatoriu, a criteriilor de selecție și criteriilor pentru atribuirea contractului de achiziție publică astfel încât orice furnizor de produse, să aibă șanse egale în competiția pentru atribuirea contractului respectiv.

Care este discriminarea în cazul de față atât timp cât rezultatul este același ? (eliminarea celor două oferte în mod definitiv pentru același motiv, neavând importanță când se va realiza această eliminare)

Mai mult, dacă cei doi ofertanți se află în aceeași situație cu ce sunt afectați dacă unul este respins în ședința de deschidere iar celălalt este respins pe parcursul evaluării ofertelor, atât timp cât se ajunge la același rezultat la sfârșitul procedurii de atribuire, respectiv ambii fiind eliminați.

Acest principiu obligă autoritatea contractantă de a evalua ofertele în mod egal, astfel încât să nu creeze vreun avantaj sau un dezavantaj doar pentru anumiți ofertanți.

Or, în cazul de față, pe de o parte nu s-a ajuns la evaluarea în concret a ofertelor pentru a se putea invoca vreun avantaj sau dezavantaj a modului în care a fost evaluată oferta unuia dintre cei doi ofertanți, iar pe de altă parte nu prezintă importanță care ofertant a fost eliminat primul, atât timp cât neconformitățile sunt justificate și se încadrează în dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. a) din HG nr. 915/2006 și justifică eliminarea acestora din cadrul procedurii de atribuire.

Dacă în ceea ce privește cele două societăți, rezultatul este același indiferent dacă acestea au fost eliminate simultan sau nu, pentru contestatoare situația stă total contrariu, în sensul că deși a depus garanția de participare în cuantumul și forma indicate în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a înlăturat orice posibilitate a sa de a obține contractul prin anularea procedurii de atribuire.

Așadar, a procedat diferit cu contestatoarea față de cei doi ofertanți în sensul că a considerat că este mai important să anuleze o procedură întrucât doi ofertanți nu au depus garanția de participare în forma solicitată decât să continue o procedură cu un ofertant care a constituit garanția conform celor cerute prin documentație.

Dacă față de cele două societăți rezultatul este sigur același indiferent de momentul comunicării acestuia, față de contestatoare

autoritatea contractantă i-a limitat șansa de a obține contractul, cu toate că oferta este acceptabilă cel puțin din punct de vedere a garanției de participare.

În atare condiții, este evident că invocarea încălcării principiului tratamentului egal raportat la un ofertant eliminat pentru aceleași motive pentru justificarea unei sancțiuni extreme este absurdă cu atât mai mult cu cât contestatoarea a depus oferta în conformitate cu dispozițiile legale și nu ar trebui să fie sancționată pentru neconformitățile celorlaltor două societăți care au depus garanția într-un mod diferit față de contesatoare.

Posibilitatea autorității contractante de a elimina un ofertant în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu îi limitează obligația acesteia de a elimina un ofertant pentru același motiv pe parcursul evaluării ofertelor și de a continua procedura cu etapa finală online cu ofertanții declarați admisibili, cu atât mai mult cu cât în cadrul procedurii există un ofertant care are o ofertă conformă iar procedura ar putea continua.

Așadar, este important a se lua măsuri de remediere astfel încât autoritatea contractantă să salveze procedura de atribuire prin continuarea acesteia prin eliminarea ofertantului care nu a constituit oferta în conformitate cu documentația de atribuire și prin organizarea etapei finale de licitație electronică doar cu ofertanții care sunt admisibili.

Procedura de achiziție publică este reglementată de norme din domeniul dreptului public și se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea scopului OUG nr. 34/2006 și a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art. 2), ceea ce presupune neluarea unor decizii pur formale acordând prevalență unor aspecte nerelevante raportate la contractul ce urmează a fi atribuit, la efectele și scopul urmărit, și luarea unor decizii disproporționate (în cazul de față aplicarea unor sancțiuni mult prea severe în raport cu obiectul contractului și raportat la ofertantul care are șanse reale de a obține contractul).

Așadar, principiul proporționalității ar trebui să aibă în vedere luarea unor decizii raportate la interesul și scopul urmărit, iar nu la aplicarea unor sancțiuni restrictive și mult prea severe, cu atât mai mult în cazul de față când autoritatea contractantă avea posibilitatea legală de a respinge oferta Asocierii ... S.R.L. în cadrul procesului de evaluare, neîncălcându-se niciun principiu ca urmare a acestei măsuri.

Acest fapt a fost reținut și în jurisprudența CJUE în Hotărârea CJUE în cazul C- 157/96 - National Farmers' Union și alții potrivit căreia , *"Acest principiu impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recursă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite"*.

Așadar, nu trebuie ignorat faptul că pentru o serie de aspecte, măsura anulării procedurii de atribuire este pe de o parte neîntemeiată și nejustificată iar pe de altă parte vădit mult prea severă proporțional cu

măsura respingeri ofertei pe care autoritatea contractantă putea să o dispună pe parcursul evaluării ofertelor.

Așa cum a fost explicat de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene *"impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniențele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite"* (Hotărârea Curtii din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C 157/96, Rec. p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspr Bouwwerken NV).

Astfel, nu se poate considera justificată și proporțională o măsură a anulării procedurii de atribuire care afectează posibilitatea ofertantului de a obține contractul față de posibilitatea reală pe care autoritatea contractantă o avea de a respinge oferta Asocierii Inform Lykos SA. - Austria Card S.R.L. în cadrul procesului de evaluare, dacă s-a considerat că garanția de participare nu este întocmită în conformitate cu documentația de atribuire.

Or, autoritatea contractantă raportează decizia de anulare și încălcarea principiului tratamentului egal la decizia de eliminare a Asocierii ... S.A. (societate care oricum nu mai este parte în procedura de atribuire și care nu ar fi fost afectat în niciun mod de o eventuală respingere a ofertei Asocierii ... SRL în cadrul evaluării și nu a deschiderii ofertelor). Însă în cazul de față ar fi trebuit să nu ia o decizie care să ducă la încălcarea principiului tratamentului egal raportat la oferta sa.

Astfel, contestatoarea este ofertantul care este afectat de decizia de anulare a procedurii de atribuire întrucât decizia de respingere a Asocierii ... SRL în cadrul evaluării și nu a deschiderii ofertelor nu are nicio influență față de niciun operator economic participant la procedură și nici nu determină încălcarea principiului tratamentului egal, dar afectează șansa sa de a obține contractul cu atât mai mult cu cât este clasat pe primul loc.

Așadar, pe lângă faptul că autoritatea contractantă nu a respectat principiul proporționalității în această situație (luând o măsură mult prea severă față de "neconformitățile" pe care le invocă) aceasta a încălcat și principiul tratamentului egal întrucât decizia sa determină o abordare diferită față de contestatoare prin aceea că deși a depus o ofertă cu o garanție de participare corectă nu mai are posibilitatea de a participa la procedură întrucât a fost anulată deoarece un ofertant nu a depus o garanție de participare în forma solicitată prin documentația de atribuire.

În considerarea celor ce preced se solicită admiterea contestația respectiv anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire și continuarea procedurii de atribuire prin luarea în considerare a faptului că autoritatea contractantă are posibilitatea legală de a respinge ofertantul Asocierii ... SRL pentru "neconformitățile" invocate și în cadrul ședințelor de evaluare a ofertelor.

Prin adresa nr. 12680/883-C4/27.04.2016, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către SC ... SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestație și copia dosarului achiziției publice.

Autoritatea contractantă a transmis documentele cerute de Consiliu, împreună cu punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației SC ... SRL, aferent Lotului 1, ca fiind neîntemeiată, și să constate faptul că aferent Lotului 2, urmare a măsurii adoptate privind anularea procedurii acestui lot, contestația a rămas fără obiect.

Cu adresa nr. M.04.01.01/820/28.04.2016, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere asupra contestației SC ... SRL, în care a precizat următoarele:

În raport de prevederile art. 245 cod procedură civilă, văzând și prevederile art. 255 din OUG nr. 34/2006, ridică excepția inadmisibilității contestației formulate de contestatoare.

Cu privire la excepția sus menționată, în susținere, arată Consiliului următoarele:

La data de 22.04.2016 a fost înregistrată contestația formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL - ... SA, contestație formulată împotriva *"rezultatului procedurii de tip licitație deschisă organizată de către autoritatea contractantă în vederea atribuirii Acordului-cadru având ca obiect ...*

Urmare analizei, reiese faptul că contestatoarea prin contestația formulată nu arată actul a cărui anulare îl solicită, cerință stipulată expres de prevederile art. 255 din OUG nr. 34/2006.

Mai mult decât atât, din analiza petiului formulat de contestatoare reiese faptul că aceasta formulează o contestație împotriva *"rezultatului procedurii"*, în condițiile în care etapa în care se află procedura de atribuire este aceea imediat ulterioară ședinței de deschidere a ofertelor.

Fața de considerentele sus arătate, solicită Consiliului admiterea excepției astfel cum aceasta a fost formulată și, pe cale de consecință, solicită respingerea acțiunii ca fiind inadmisibilă.

În raport de prevederile art. 245 cod procedură civilă ridică excepția lipsei de obiect aferent Lotului 2.

În susținerea acesteia, arată că în data de 21.04.2016, la ora 10.00, comisia de evaluare s-a întrunit în cadrul celei de-a doua ședințe de lucru în procesul de evaluare a ofertelor depuse de ofertanți în procedura de achiziție publică, întocmindu-se procesul verbal nr. M.04.01.01/750/21.04.2016.

În cadrul acestei ședințe, comisia de evaluare a procedat la reanalizarea documentelor care însoțesc ofertele depuse de ofertanți, constatând aferent Lotului 2, următoarele aspecte:

Scrisoarea de garanție bancară nr. 030382 din 08.04.2016, BANC POST, în sumă de 660.000 lei, valabilitate până la 10.08.2016 - pentru Lotul 2, depusă de ofertantul Asocieria ... SRL este constituită în numele ... SA, și nu în numele asocierii, așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire, *Cap. III.1.1. a(i) Garanție pentru participare/Cuquantum*

garanție de participare, punctul 6. În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii, aspect care nu a fost sesizat în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor.

Astfel cum s-a consemnat în procesul verbal nr. M.04.01.01/661/11.04.2016, oferta ASOCIERII ... SA a fost respinsă în ședința de deschidere cu încadrarea în prevederile art. 33 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2016, cu modificările și completările ulterioare, urmare a constatării faptului că nu a fost însoțită de garanția de participare, având forma solicitată prin documentația de atribuire, astfel cum a fost aceasta completată/modificată prin clarificări și erate.

În cea de-a doua ședință de lucru din cadrul procesului de evaluare s-a constatat elementul de neconformitate privind scrisoarea de garanție de participare depusă pentru oferta Asocierii ... SRL, element care nu a fost sesizat în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor.

Aspectul privind elementul de neconformitate care nu a fost sesizat în ședința de deschidere a ofertelor, ci în cadrul unei ședințe de evaluare ulterioare, reprezintă în mod evident o eroare materială în procesul de analiză din cadrul ședinței de deschidere, eroare materială datorită căreia oferta Asocierii ... SRL nu a fost respinsă în ședința de deschidere, astfel cum s-a procedat cu oferta ASOCIERII ... SA aflată într-o situație similară.

Având în vedere abordarea și decizia adoptată în raport de situația ofertei ASOCIERII ... SA, adoptarea unei măsuri corective privind eroarea constatată nu mai este posibilă prin raportare la etapa specifică a procedurii, fără a conduce la încălcarea principiului prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, măsura respingerii la momentul actual a ofertei Asocierii ... SRL (ofertă deschisă în cadrul ședinței de deschidere), ținând seama de etappa specifică în care se află procedura, se constituie ca măsură corectivă care aduce atingere principiului tratamentului egal, în raport de abordarea față de oferta ASOCIERII ... SA, respinsă în cadrul ședinței de deschidere și returnată ofertantului prezent la deschidere.

Față de aspectele de analiză mai sus prezentate s-a concluzionat la nivelul autorității contractante că, în raport de nesesizarea în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor a unui element de neconformitate privind scrisoarea de garanție de participare depusă de Asocierea ... SRL, devin incidente prevederile art. 209 alin. (1) lit. c), având în vedere faptul că adoptarea, la momentul actual, de măsuri corective față de eroarea menționată este de natură să afecteze principiul tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, situație în care se impune anularea procedurii aferentă lotului 2. De menționat faptul că, în raport de solicitarea formulată prin contestația depusă, decizia mai sus prezentată privind anularea procedurii aferentă lotului 2 se constituie drept măsură adoptată de autoritate, în condițiile prevederilor art. 256³ din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Față de considerentele sus menționate, solicită Consiliului admiterea excepției astfel cum aceasta a fost formulată și, pe cale de consecință, solicită ca aferent Lotului 2, urmare a măsurii adoptate de autoritate privind anularea procedurii aferente acestui lot, să se constate rămânerea fără a obiect a contestației.

Ședința de deschidere a ofertelor a avut loc în data de 11.04.2016, fiind încheiat procesul verbal nr. M.04.01.01/661, semnat de comisia de evaluare și de reprezentanții împuterniciți ai ofertanților prezenți la ședință.

În data de 22.04.2016 SC ... SRL a depus o contestație împotriva rezultatului procedurii, prin care a solicitat anularea procedurii de atribuire.

Pe fond:

Cu referire la motivarea contestației, consideră că aceasta este neîntemeiată cu privire la Lotul 1 și rămasă fără obiect cu privire la Lotul 2 și prezintă în continuare punctul de vedere al ... SA, în calitate de autoritate contractantă, privind caracterul nesusținut al motivelor invocate de contestatoare, după cum urmează:

Consideră eronată aprecierea contestatoarei potrivit căreia aceasta a depus odată cu oferta, *garanția de participare emisă de Banca Transilvania care respectă întrutotul dispozițiile legale din materia achizițiilor publice*, netemeinicia afirmației rezultând fără echivoc în primul rând din prevederile citate la art. 43¹ din OUG nr. 34/2006, fiind statuat faptul că "*Garanția de participare se constituie de către ofertant ...*". Conform Procesului verbal nr. M.04.01.01/661 încheiat în cadrul ședinței de deschidere, între operatorii economici care au depus ofertă în termernul limită se menționează la poz. 5 din tabel, ofertantul Asociere ... SA.

Scrisoarea de garanție bancară pentru participare emisă de Banca Transilvania SA Cluj cu nr. 52/07.04.2016, prezentată alături de oferta depusă, menționează numele ofertantului SC ... SRL, la punctele a) și b) din textul scrisorii, corespunzător situațiilor în care ... este îndreptățită să încaseze garanția, fără a se face nicio referire măcar la calitatea acestuia de lider al unei asocieri.

Față de aspectele mai sus evidențiate, cu referire la prevederile art. 43¹ din OUG nr. 34/2006 privind constituirea garanției de participare de către ofertant, în raport de informațiile privind denumirea ofertantului ..., evidențiate în textul scrisorii emisă de Banca Transilvania SA Cluj cu nr. 52/07.04.2016, rezultă fără echivoc faptul că scrisoarea de garanție bancară menționată nu poate fi luată în considerare corespunzător ofertei depuse de ofertantul Asociere ... SA, evidențiat în Procesul verbal al ședinței de deschidere.

Suplimentar elementelor de analiză mai sus prezentate, consideră necesar să sublinieze faptul că ... SA a prevăzut prin documentația de atribuire precizări clare și explicite privind modul de prezentare a garanției de participare la procedură, corespunzător situației în care ofertantul este constituit dintr-o asociere de operatori economici,

respectiv în Secțiunea I Fișa de date a achiziției, *cap. III.1.1.a(i) Garanție pentru participare/Cuquantum garanție de participare.*

6. *În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii.*

Se conturează astfel fără echivoc faptul că, în mod temeinic și legal, cu încadrarea în prevederile art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă a respins oferta depusă de ofertantul Asociere ... SA, acesta nefiind însoțită de o garanție de participare constituită de ofertant corespunzător ofertei depuse, având forma solicitată explicit în documentația de atribuire (corespunzător prevederilor art. 43¹ din OUG nr. 34/2006), respectiv cu menționarea denumirii ofertantului constuit ca asociere de operatori economici.

Confuzia contestatoarei este revelată și în contextul contestației, din faptul că aceasta citează prevederile art. 43¹ din OUG nr. 34/2006 și prevederile art. 86 din HG nr. 925/2006, concluzionând ulterior în mod eronat, pe baza acestora, că garanția de participare prezentată prin scrisoarea emisă de Banca Transilvania SA Cluj cu nr. 52/07.04.2016 a "*respectat întocmai condițiile prevăzute de legiuitor cu privire la elementele de formă privind emiterea garanție de participare*". În susținerea afirmației autorității subliniază faptul că, astfel cum se precizează în Procesul verbal al ședinței de deschidere, semnat și de reprezentantul împuternicit să reprezinte Asociere ... SA, oferta depusă de acesta a fost respinsă cu încadrare în prevederile art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv "nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuquantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate prin documentația de atribuire". Prevederile citate din art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, coroborate cu prevederile explicite din documentația de atribuire, Secțiunea I Fișa de date a achiziției, *cap. III.1.1.a(i) Garanție pentru participare/Cuquantum garanție de participare.*

6. *În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii*, sunt, în opinia autorității, elemente de natură să susțină temeinicia și legalitatea deciziei adoptate în cadrul ședinței de deschidere.

Afirmația contestatoarei, potrivit căreia "*eroarea materială constând în lipsa denumirii complete a asocierii din cuprinsul scrisorii de garanție bancară nu este de natură să lipsească de valabilitate angajamentul societății de asigurări care va pune la dispoziția Autorității contractante suma de 363.000 lei în situațiile prevăzute de lege*", este, de asemenea, în opinia autorității, eronată și lipsită de susținere, în condițiile în care în mod evident nu este vorba despre *lipsa denumirii complete a asocierii* (situație în care într-adevăr ar fi putut fi de acord cu încadrarea ca eroare materială) pentru că textul documentului nu face referire la un ofertant asociere. Scrisoarea de garanție bancară pentru participare emisă de Banca Transilvania SA Cluj cu nr. 52/07.04.2016 menționează numele ofertantului SC ... SRL la punctele a) și b) din textul scrisorii, corespunzător situațiilor în care ... SA este îndreptățită să

încaseze garanția, fără a se face nicio referire măcar la calitatea acestuia de lider al unei societăți care formează ofertantul. Față de aspectul menționat, potrivit textului scrisorii de garanție, angajamentul societății de asigurări că va pune la dispoziție autorității contractante suma menționată, este valabil doar în situațiile în care se poate susține incidența situațiilor prevăzute la punctele a și b pentru ofertantul al cărui nume este explicit menționat, respectiv SC ... SRL.

În continuare, contestatoarea apreciază că motivul de respingere a ofertei sale *"trebuia să facă obiectul unor solicitări de clarificări, astfel de demersuri neputând fi considerate avantaje în favoarea unui anumit ofertant, ci o îndeplinire corespunzătoare a atribuțiilor legale și o verificare detaliată și amănunțită a ofertei, relevante în acest sens fiind dispozițiile art. 78 din HG 925/2006"*, aprecieri care, în opinia autorității sunt, de asemenea, eronate și nesustținute de prevederile legale invocate. Astfel, din textul art. 78 din HG nr. 925/2006, rezultă că prevederile se referă la evaluarea ofertei, din definiția prevăzută la art. 3 lit. q) din OUG 34/2006, rezultând că oferta cuprinde propunerea financiară și propunerea tehnică.

Prin adresa nr. 14134/989-C4/10.05.2016, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ..., solicitând punctul de vedere cu privire la contestație.

Autoritatea contractantă a transmis documentele cerute de Consiliu, împreună cu punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației ..., aferentă Lotului 2, ca fiind neîntemeiată.

În raport de prevederile art. 245 Cod procedură civilă, văzând și prevederile art. 139 Cod procedură civilă, solicită conexarea prezentei contestații la contestația formulată de contestatoarea SC ...SRL înregistrată la Consiliul Național de Soluționare al Contestațiilor cu nr. 12539/26.04.2016 și care face obiectul dosarului nr. 12680/883 - C4/27.04.2016

Pe fondul contestației:

Criteriul de atribuire aplicat: "prețul cel mai scăzut".

Ședința de deschidere a ofertelor a avut loc în data de 11.04.2016, fiind încheiat procesul verbal nr. M.04.01.01/661, semnat de comisia de evaluare și de reprezentanții împuterniciți ai ofertanților prezenți la ședință.

În data de 22.04.2016, SC ... SRL a depus o contestație împotriva rezultatului procedurii, prin care a solicitat "anularea procedurii de atribuire".

... SA a transmis în data de 28.04.2016, punctul de vedere față de contestația mai sus menționată, împreună cu copia dosarului achiziției publice, către contestatoarea SC ... SRL și către Consiliu.

În data de 09.05.2016, a fost primită CONTESTAȚIA înregistrată la ... S.A. cu nr. M.01/7059/09.05.2016, depusă de Paragon Identification, față de care formulează prezentul punct de vedere.

Pe fond:

Cu referire la motivarea contestației, astfel cum se regăsește aceasta prezentată începând cu pag. 5 din contestație, capitolul

"Dezvoltarea argumentelor de fapt și de drept", consideră că aceasta este neîntemeiată și prezintă în continuare punctul de vedere al ... SA, în calitate de autoritate contractantă, privind caracterul nesusținut al motivelor invocate punctual de contestatoare, după cum urmează:

Afirmația contestatoarei potrivit căreia, "Comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nu respectă prevederile art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG 34/2006, nefiind motivată în fapt și în drept", o consideră neîntemeiată, având în vedere motivele pe care le prezintă în continuare Consiliului:

În opinia sa, în textul comunicării transmise contestatoarei privind rezultatul procedurii, text citat în cuprinsul contestației la pag. 3-4, se regăsesc prezentate motivele concrete care au determinat decizia de anulare, conform obligațiilor stabilite prin prevederile art. 210 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, în procesul verbal al ședinței de analiză din data de 21.04.2016, au fost consemnate următoarele aspecte:

"Comisia de evaluare a reanalizat documentele care însoțesc ofertele depuse de ofertanți și a constatat următoarele aspecte aferent Lotului 2:

Scrisoarea de garanție bancară nr. 030382 din 08.04.2016, BANC POST, în sumă de 660.000 lei, valabilitate până la 10.08.2016 - pentru Lotul 2, depusă de ofertantul ASOCIEREA ...S.R.L. este constituită în numele ... S.A. și nu în numele asocierii, așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire la Capitolul ILL.l.a(i) Garanție pentru participare / Quantum garanție de participare, punctul 6. În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii, aspect care nu a fost sesizat în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor.

În conformitate cu procesul verbal de deschidere nr. M.04.01.01/661 /II.04.2016, oferta ASOCIERII ... S.A., a fost respinsă în ședința de deschidere, deoarece nu a fost însoțită de garanția de participare, având forma solicitată din documentația de atribuire, astfel cum a fost aceasta completată/modificată prin clarificări și erate.

Se constată faptul că în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu a fost sesizat elementul de neconformitate privind scrisoarea de garanție de participare depusă pentru oferta ASOCIERII ...SRL. Ca urmare a celor prezentate, aspect care considerăm că se încadrează în categoria unei erori materiale în procesul de analiză din cadrul ședinței de deschidere, oferta ASOCIERII ... S.R.L. nu a fost respinsă în ședința de deschidere astfel cum s-a procedat cu oferta ASOCIERII ... S.A. aflată într-o situație similară. Având în vedere abordarea pentru situația ofertei ASOCIERII ... S.A., adoptarea la acest moment de măsuri corective privind eroarea constatată nu mai este posibilă prin raportare la etapa specifică a procedurii, fără a conduce la încălcarea principiului prevăzut la art. 2, alin. (2), lit. b) din O. U.G. 34/ 2006 cu modificările și completările ulterioare. Astfel, măsura respingerii la acest moment a ofertei ASOCIERII ... S.R.L., ofertă deschisă în cadrul ședinței de deschidere, ținând seama de etapa specifică a procedurii în care ne aflăm, nu se

constituie ca măsură corectivă care să nu aducă atingere principiului tratamentului egal, în raport de abordarea față de oferta ASOCIERII QUANTUM PROTECT - CALMELL S.A., respinsă în cadrul ședinței de deschidere și returnată ofertantului.

Drept urmare, comisia de evaluare constată incidența în situația mai sus prezentată a prevederilor art. 209, alin (1), lit. c) coroborat cu alin. (4), lit. b) ale aceluiași articol, motiv pentru care urmează să propună în cadrul Raportului procedurii, anularea procedurii de atribuire "...."

La redactarea textului comunicării rezultatului procedurii transmisă către contestatoare prin adresa nr. M.04.01.01/817/28.04.2016, s-a urmărit prezentarea elementelor principale din evaluare, pe baza cărora au fost adoptate decizii, dar fără a se reproduce concret elementele de identificare ale scrisorii de garanție bancară, respectiv "*Scrisoarea de garanție bancara nr. 030382 din 08.04.2016, BANC POST, în sumă de 660.000 lei, valabilitate până la 10.08.2016 - pentru Lotul 2, depusă de ofertantul ASOCIEREA ... S.R.L. este constituită în numele INFORM LYKOS S.A. și nu în numele asocierii*", elemente care au fost înlocuite în textul comunicării cu sintagma criticată de contestatoare "*element de neconformitate.... similar celui pentru care a fost respinsă oferta Asocierii ... SA*"

Cu referire la afirmațiile contestatoarei, potrivit cărora măsura adoptată de autoritatea contractantă privind anularea procedurii aferente Lotului 2 ar fi mult prea restrictivă față de o eroare considerată nesemnificativă și, în același timp, măsura ar afecta principiul tratamentului egal față de oferta acesteia, în opinia autorității aceste considerații nu sunt susținute, ci se întemeiază doar pe interesul invocat de contestatoare, constând în faptul că oferta acesteia ar rămâne singura ofertă acceptabilă din procedură.

Astfel, este evident faptul că interesul exprimat de contestatoare față de situația în care oferta sa ar fi singura ofertă pentru care ar rămâne viabilă posibilitatea de declarare a admisibilității (după parcurgerea procesului de evaluare și nicidecum astfel cum se antepunută contestatoarea încă de la acest moment), respectiv propriul interes reprezintă un element care primează față de respectarea unor principii în procesul de atribuire.

Precizează faptul în calitate de autoritate contractantă, a adoptat decizia de anulare a procedurii de atribuire a Lotului 2, ținând seama de următoarele aspecte:

- elementele de constatare consemnate în Procesul verbal al ședinței de analiză din data de 21.04.2016, respectiv: "*Se constată faptul că în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu a fost sesizat elementul de neconformitate privind scrisoarea de garanție de participare depusă pentru oferta ASOCIERII ... S.R.L.. Ca urmare a celor prezentate, aspect care considerăm că se încadrează în categoria unei erori materiale în procesul de analiză din cadrul ședinței de deschidere, oferta ASOCIERII ... S.R.L. nu a fost respinsă în ședința de deschidere astfel cum s-a procedat cu oferta ASOCIERII ... S.A. aflată într-o situație*

similară. Având în vedere abordarea pentru situația ofertei ASOCIERII ... S.A., adoptarea la acest moment de măsuri corective privind eroarea constatată nu mai este posibilă prin raportare la etapa specifică a procedurii, fără a conduce la încălcarea principiului prevăzut la art. 2, alin.(2), lit. b) din O.U.G. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare. Astfel, măsura respingerii la acest moment a ofertei ASOCIERII ... S.R.L., ofertă deschisă în cadrul ședinței de deschidere, ținând seama de etapa specifică a procedurii în care ne aflăm, nu se constituie ca măsură corectivă care să nu aducă atingere principiului tratamentului egal, în raport de abordarea față de oferta ASOCIERII ... S.A., respinsă în cadrul ședinței de deschidere și returnată ofertantului.", din care rezultă în mod evident faptul că, în raport de momentul constatării, nu mai pot fi adoptate măsuri care să asigure un tratament egal pentru aceeași situație constatată în cazul a două oferte.

- Contestația formulată de ASOCIEREA ... S.A. în data de 22.04.2016 față de decizia adoptată în raport de oferta sa;

-Prevederile art. 256³ alin. (1) din OUG 34/2006.

Consideră că afirmațiile contestatoarei, potrivit cărora în situația celor două oferte la care s-au formulat contestații în etape diferite ale procedurii, au același element de neconformitate, una dintre oferte fiind respinsă în ședința de deschidere și returnată reprezentantului [cea a ASOCIERII ... SA, cu încadrare la art. 33 alin. (3) din H.G. 925/2006], ar fi asigurat tratamentul egal prin adoptarea pentru cea de-a doua ofertă (cea & ... SRL) a deciziei de respingere, cu încadrare la art. 36 alin. (1) din HG 925/2006, sunt total eronate, abordarea contestatoarei fiind de natură superficială, motivată de influența propriului interes exprimat de aceasta fără echivoc, respectiv de a rămâne singura ofertă în competiție. Astfel, în opinia sa, deși rezultatul final este același în cazul celor două oferte, concretizat în decizia de respingere cu încadrare în prevederile art. 33 alin. (3), respectiv art. 36 alin. (1) din HG 925/2006, este evident faptul că, la momentul actual nu pot fi adoptate măsuri care să asigure tratamentul egal în cadrul procedurii. În concret, având în vedere obligația evaluării ofertelor depuse prevăzută la art. 34 și art. 78 alin. (1) din HG nr. 925/2006, decizia de respingere pentru oferta ASOCIERII ... SRL putea fi adoptată și comunicată ofertantului, numai după parcurgerea și finalizarea procesului de evaluare a ofertelor depuse și deschise în cadrul procedurii, perioadă în care ofertantul ASOCIEREA ... SRL ar fi suportat costurile legate de scrisoarea de garanție pentru participare și efortul de formulare a răspunsurilor la eventualele solicitări de clarificare cu privire la documentele de calificare și oferta depusă. Este evident faptul că, chiar în situația în care rezultatul final este același corespunzător celor două oferte, respectiv sunt respinse ca inacceptabile, nu se poate susține asigurarea tratamentului egal, fiecare dintre cei doi ofertanți având motive de natură să le permită susținerea încălcării principiului tratamentului egal.

Consideră un aspect necesar a fi subliniat, faptul că decizia privind anularea procedurii aferentă Lotului 2 nu s-a datorat, astfel cum, în mod speculativ consideră contestatoarea, unei interpretări eronate a

prevederilor legale. Se referă la faptul că, în mod neîntemeiat (în opinia sa) contestatoarea se substituie autorității contractante afirmând că anularea procedurii s-a datorat unei aprecieri eronate a autorității contractante, respectiv *"a considerat că nu poate elimina un ofertant pentru motivul că oferta sa nu conține garanția de participare în conformitate cu documentația de atribuire decât în ședința de deschidere a ofertelor"*. Susțin aceasta având în vedere textul comunicării privind rezultatul procedurii, prin care a fost precizat suficient de clar (în opinia sa) pentru a nu lăsa loc unor astfel de speculații, faptul că autoritatea contractantă a avut în vedere analiza măsurii de respingere a ofertei ASOCIERII ... SRL, pe baza constatării din procesul de evaluare (respectiv după ședința de deschidere), concluzia analizei fiind aceea că, *"în raport de etapa specifică în care se află procedura (în procesul de evaluare, etapă pentru care sunt prevăzute explicit obligații în legislația aplicabilă) se constituie ca măsură corectivă care aduce atingere principiului tratamentului egal"*. Așadar considerentul privind afectarea principiului tratamentului egal care a stat la baza deciziei de anulare a procedurii, nu a izvorât dintr-o apreciere eronată din partea autorității, astfel cum în mod speculativ afirmă contestatoarea, respectiv că nu ar mai fi permisă respingerea ofertei pentru motivul neconformității scrisorii de garanție, ulterior ședinței de deschidere, ci considerentele expuse anterior legate de etapa specifică a procedurii de atribuire, cu referire la obligațiile specifice prevăzute de legislația aplicabilă pentru această etapă.

De asemenea, afirmația contestatoarei potrivit căreia *"dacă s-ar respinge oferta ASOCIERII ... SRL în ședințele de evaluare a ofertei și s-ar continua procedura nu ar exista niciun avantaj sau dezavantaj pentru oricare dintre cele două societăți"* apreciază că este promovată fără a se raporta efectiv la situațiile celor doi ofertanți aflați în discuție, respectiv ASOCIEREA ... SRL și ASOCIEREA ... SA, ci ținând seama în mod exclusiv de propriul interes legat de rămânerea ca singur ofertant în competiție.

De asemenea în opinia sa, în mod eronat contestatoarea se consideră (a se vedea punctul 48, pag. 11) discriminată și afectată de o așa-zisă încălcare de către autoritatea, a principiului tratamentului egal prin adoptarea deciziei de anulare a procedurii, mai mult decât atât apreciind în continuare această decizie de anulare ca o măsură de sancționare a ofertantului ... *"pentru neconformitățile celorlate două societăți care au depus garanția într-un mod diferit față de subscrisa"*. În continuare (punctul 49, pag. 11), contestatoarea face o afirmație cu privire la propria ofertă care, în opinia sa, la acest moment, nu are niciun temei și argument, respectiv declară (vorbind în mod evident despre oferta sa) că *"în cadrul procedurii există un ofertant care are o ofertă conformă iar procedura ar putea continua"*, considerând că autoritatea contractantă ar fi *"trebuit să ia măsuri de remediere astfel încât să salveze procedura de atribuire prin continuarea acesteia prin eliminarea ofertantului care nu a constituit oferta în conformitate cu documentația de atribuire și prin organizarea etapei finale de licitație electronică doar cu ofertanții care sunt admisibili"* (adică doar cu oferta depusă Paragon

Identification pe care acesta o consideră, chiar anterior finalizării procesului de evaluare ca fiind conformă). În opinia sa, din afirmațiile contestatoarei se desprinde fără echivoc susținerea în mod exclusiv a propriului interes și nicidecum grija invocată de aceasta privind salvarea procedurii de atribuire sau considerentele proprii legate de principiul proporționalității.

Consideră necesar să sublinieze, astfel cum a mai precizat anterior (în prezentul punct de vedere și în punctul de vedere față de contestația depusă de SC ... SRL), în raport de solicitarea formulată prin contestația depusă de SC ... SRL, decizia privind anularea procedurii aferentă lotului 2 s-a constituit drept măsură adoptată de autoritate, în calitate de autoritate contractantă, în condițiile prevederilor art. 256³ din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Față de cele prezentate, cu referire la aspectele care fac obiectul contestației formulate de ..., solicită Consiliului să respingă ca neîntemeiată contestația și să constate faptul că, aferent Lotului 2, măsura privind anularea procedurii a fost adoptată în mod temeinic și legal, având în vedere toate interesele implicate în procedură și ținând seama de prevederile art. 256³ alin. (1) din OUG 34/2006, o atenție deosebită fiind acordată unei abordări de bună-credință în corectarea erorii materiale constatate, respectiv adoptarea măsurii care să asigure respectarea principiului privind tratamentul egal față de ofertanți, nu numai în ceea ce privește rezultatul final (astfel cum sugerează contestatoarea urmărind exclusiv propriul interes), ci pe tot parcursul derulării procedurii.

Cu adresa nr. 435/03.05.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 13661/05.05.2016, SC ... SRL a solicitat respingerea excepției lipsei de interes a contestației, invocată de autoritatea contractantă în punctul său de vedere asupra contestației depuse, urmare a deciziei de anulare a procedurii.

Cu adresa nr. 475/08.05.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 14111/10.05.2016, SC ... SRL a depus concluzii scrise, în care a precizat următoarele:

În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației, solicită să se observe că a respectat întocmai dispozițiile art. 270 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, în sensul că a indicat în cuprinsul contestației atât obiectul acesteia, cât și motivarea în fapt și în drept. Autoritatea contractanta invocă în susținerea excepției, faptul că nu a indicat actul a cărui anulare o solicită. Așa cum rezultă cu evidență din obiectul contestației, contestatoarea a solicitat anularea procedurii de atribuire sau adoptarea oricăror măsuri utile pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire, invocând nelegalitatea rezultatului procedurii față de contestatoare comunicat prin Procesul-verbal de deschidere a ofertelor.

Prin urmare, se solicită respingerea acestei excepții ca nefondată.

În ceea ce privește nelegalitatea măsurii dispusă de autoritatea contractantă referitor la Lotul 1:

Așa cum a învederat și prin contestația formulată, motivul reținut de autoritatea contractantă în susținerea măsurii de respingere a ofertei

sale reprezintă în fapt o eroarea materială constând în lipsa denumirii complete a asocierii din cuprinsul scrisorii de garanție, eroare care nu este de natură să lipsească de valabilitate angajamentul societății de asigurări care va pune la dispoziție autorității contractante suma de 363.000 lei în situațiile prevăzute de lege.

Contrar celor învederate de autoritatea contractanta în Punctul său de vedere arată faptul că, chiar dacă în cuprinsul scrisorii de garanție nu este menționat numele asocierii, angajamentul depus de contestatoare face trimitere atât la denumirea autorității contractante cât și la denumirea procedurii de atribuire.

Prin urmare, este evident că liderul asocierii delegat prin Acordul de asociere să obțină scrisoarea de garanție a acționat în numele asocierii.

Autoritatea contractantă avea obligația să analizeze toate aceste documente, să coroboreze informațiile din cuprinsul lor și să dispună singura masura legală, respectiv solicitarea de clarificări, precizări privind eroarea materială din cuprinsul scrisorii de garanție.

Susținerile autorității contractante conform cărora solicitarea de clarificări nu ar avea o bază legală raportat la natura scrisorii de garanție consideră că sunt nefondate în condițiile în care legiuitorul a reglementat obligația autoritatilor contractante de a solicita clarificări precizări sau completări prin mai multe texte de lege: art. 78 din HG nr. 925/2006, art. 35 din HG nr. 925/2006, art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Consideră că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism exagerat, aplicând, în mod greșit, dispozițiile legale.

În ceea ce privește invocarea de către contestatoare a dispozițiilor art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006 susținerile autorității contractante sunt vădit eronate în condițiile în care legiuitorul nu a limitat aplicabilitatea textului de lege doar la propunerea tehnică.

În concluzie, consideră că masura dispusă de autoritatea contractantă este vădit nelegală, motiv pentru care se impune anularea procedurii de atribuire. În măsura în care Consiliul va aprecia ca fiind posibilă adoptarea oricăror alte măsuri utile pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire, solicită să se procedeze la aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește nelegalitatea măsurii dispusă de autoritatea contractanta referitor la Lotul 2:

Referitor la excepția lipsei de obiect a contestației, își menține poziția procesuală exprimată prin Răspunsul formulat și depus la Consiliu la data de 03.05.2016.

Modul în care a acționat autoritatea contractantă denotă fără putință de tăgadă reaua-credință a acesteia în condițiile în care contestatoarea a atenționat membrii comisiei de evaluare că nici ofertantul Asocierea ... SRL nu a menționat în cuprinsul poliței denumirea întregii asocieri.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a ignorat susținerile contestatoarei aplicând sancțiunea respingerii ofertei Asocierea ...SRL la un moment ulterior momentului la care s-a încheiat ședința de deschidere a ofertelor.

Față de toate aceste considerente, se solicită admiterea contestației sale așa cum a fost formulată.

Cu adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 15569/20.05.2016. ... a depus concluzii scrise, în urma studierii dosarului achiziției publice, în care a precizat că solicită admiterea contestației și, pe cale de consecință, având în vedere conexarea contestației sale la contestația depusă de către Asocieria ... SA, solicită respingerea contestației formulată de către acest contestator luând în calcul, pe de o parte că garanția de bună conduită nu a fost întocmită în numele Asocierii (or, Asocieria este cea care a fost vătămată ca urmare a respingerii ofertei), iar pe de altă parte că această contestație este neîntemeiată având în vedere și motivele invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere referitor la contestația acestui operator economic.

În ceea ce privește contestația sa, solicită:

- să se constate nelegalitatea și netemeinicia deciziei de anulare a procedurii de atribuire comunicate prin adresa nr. M.04.01.01/817 din 28.04.2016 (referitoare la lotul II) și să se anuleze adresa amintită prin care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, decizia de anulare a procedurii de atribuire precum și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente acestora, precum și a celor conexe cu adresa amintită emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii, deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire etc., dacă au fost emise de autoritatea contractantă.

- să se dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire (referitoare la lotul II) și anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor care au reținut această decizie și pe cale de consecință la continuarea procedurii de atribuire luând în considerare cele menționate în contestație.

Din analiza documentelor din dosarul de achiziție publică a observat că atât în raportul procedurii, cât și în procesul verbal al celei de-a doua ședințe de evaluare, se regăsește exact aceeași formulare ca și cea din cadrul comunicării rezultatului procedurii de atribuire, cu o singură diferență, că în aceste documente s-a menționat în plus faptul că garanția de participare depusă de Asocieria ... SRL a fost întocmită doar în numele ... SA. Această informație este esențială, întrucât a menționa în cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire că s-a descoperit în cazul Asocierii ... SRL o situație "similară" cu cea pentru care oferta Asocierii Quantum Protect - Calmell SA a fost respinsă nu este suficient pentru a se putea identifica concret care este motivul pentru care s-a anulat procedura de atribuire.

În ceea ce privește fondul contestației, autoritatea contractantă persistă cu o interpretare eronată a legislației privind achizițiile publice ignorând faptul că dacă s-ar anula procedura de atribuire pentru motivul că un ofertant nu a depus garanția în forma solicitată de autoritatea contractantă, atunci s-ar ajunge la sancționarea sa, care a respect

documentația de atribuire și a depus garanția de participare în forma solicitată în documentația de atribuire.

Susține că măsura anulării procedurii pentru o eroare care poate fi corectată pe parcursul evaluării ofertei și care nu afectează niciun principiu al achizițiilor publice nu încalcă tratamentul egal întrucât un astfel de raționament este în interesul său deoarece oferta sa ar fi singura care ar rămâne de evaluat, o determină să presupună că abuzul realizat de autoritatea contractantă a avut ca scop fix anularea procedurii în orice situație în care nu ajunge în evaluare mai mult de un ofertant.

Altfel, nu se înțelege de ce nu este mai benefică pentru autoritatea contractantă continuarea procedurii și atribuirea contractului la un preț scăzut, decât să se anuleze procedura?

Pe de altă parte, la baza organizării oricărei proceduri de atribuire stă necesitatea autorității contractante de a-și acoperi o nevoie, prin semnarea unui contract de achiziție publică, atribuit cu respectarea prevederilor legislației în domeniul achizițiilor publice. Prin urmare, SCOPUL aplicării unei proceduri de atribuire ESTE ACELA DE A SE AJUNGE LA SEMNAREA CONTRACTULUI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ cu ofertantul care a depus o ofertă admisibilă și implicit la satisfacerea unei nevoi, și nu la anularea procedurii de atribuire pe care însuși legiuitorul o prevede ca o excepție potrivit art. 209 din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, invocarea art. 256³ din O.U.G. nr. 34/2006 și a existenței Contestației formulate de către ... S.A. ca motiv de adoptare a deciziei de anulare sunt motive absurde, întrucât aceste situații nu determină, în niciun caz, anularea procedurii și nici nu se regăsesc printre motivele în temeiul cărora se poate anula procedura în conformitate cu dispozițiile art. 209 din același act normativ.

Autoritatea contractantă menționează faptul că *"în concret, având în vedere obligația evaluării ofertelor depuse prevăzute la art. 34 și art. 78 alin. (1) din HG nr. 925/2006", decizia de respingere pentru oferta Asocierii ... SRL putea fi adoptată și comunicată ofertantului, numai după parcurgerea și finalizarea procesului de evaluare a ofertelor depuse și deschise în cadrul procedurii, perioadă în care ofertantul Asocierii ... SRL ar fi suportat costurile legate de scrisoarea de garanție pentru participare și efortul de formulare a răspunsurilor la eventualele solicitări de clarificări cu privire la documentele de calificare și oferta depusă".*

Din modul în care s-au formulat aceste apărări nu rezultă decât că s-a încercat favorizarea operatorului economic Asocierea ... SRL prin această decizie întrucât indiferent de modul în care se evaluează oferta, orice ofertant își asumă riscul ca documentele depuse să nu îndeplinească cerințele din documentația de atribuire, astfel încât acceptând aceste riscuri nu poate fi vătămat până i se comunică rezultatul procedurii de atribuire, așa cum nu este vătămat ofertantul care deși are oferta admisibilă s-a clasat pe ultimul loc, dar în loc să fie respins la începutul evaluării a așteptat rezultatul procedurii de atribuire și chiar a răspuns la solicitările de clarificări.

Comisia de evaluare are printre atribuții *"stabilirea ofertelor inacceptabile sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării*

ofertelor respective în această categorie;" (conform art. 72 alin. (2) lit. h) din H.G. nr. 925/2006).

Astfel, aceasta nu este obligată să evalueze în continuare oferta și să solicite clarificări ofertantului dacă determină la începutul evaluării că acesta a depus o ofertă inacceptabilă așa cum rezultă din conținutul articolului susmenționat prin utilizarea conjuncției "SAU".

Mai mult, decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire este nejustificată și prin prisma faptului că autoritatea contractantă consideră că *"considerentul privind afectarea principiului tratamentului egal care a stat la baza deciziei de anulare a procedurii, nu a izvorât dintr-o apreciere eronată din partea contestatoarei, astfel cum în mod speculativ afirmă contestatoarea, respectiv că nu ar mai fi permisă respingerea ofertei pentru motivul neconformității scrisorii de garanție, ulterior ședinței de deschidere, ci considerentele expuse anterior legate de etapa specifică a procedurii de atribuire, cu referire la obligațiile specifice prevăzute de legislația aplicabilă pentru această etapă"*.

Așadar, autoritatea contractantă nu neagă faptul că ar fi putut să respingă oferta Asocierii ... S.R.L. în cadrul procesului de evaluare a ofertei, dar menționează că nu ar fi corect pentru acest ofertant să suporte costurile pentru garanția de participare și nici să fie deranjat de eventualele clarificări pe care autoritatea contractantă le-ar solicita pe parcursul evaluării acestei oferte.

Or, a menționa că se încalcă principiul tratamentului egal doar pentru simplul fapt că un ofertant ar trebui să aștepte să i se respingă oferta la sfârșitul evaluării și că în acest mod este vătămat pentru că trebuie să suporte costurile garanției de participare, este absurd și nu respectă niciun principiu specific achizițiilor publice, care în niciun caz nu ar favoriza un operator a cărui ofertă trebuie respinsă în defavoarea unui operator economic care a depus garanția de participare în conformitate cu documentația de atribuire, existând, în acest fel, șansa de a continua procedura și de a încheia contractul, (protejându-se, astfel, interesul autorității contractante)

Pe de altă parte, autoritatea contractantă încearcă să explice la ce, anume, s-a referit atunci când a menționat că se impune anularea procedurii de atribuire întrucât se încalcă principiul tratamentului egal menționând că *"este evident faptul că, chiar în situația în care rezultatul final este același ccorespundător celor două oferte, respectiv sunt respinse ca inacceptabile, nu se poate susține asigurarea tratamentului egal, fiecare dintre cei doi ofertanți având motive de natură să le permită susținerea încălcării principiului tratamentului egal"*.

Dar ... se oprește aici cu explicațiile în ceea ce privește modul în care tratamentul egal este încălcat, întrucât nu explică în ce sens se încalcă acest tratament dacă recunoaște că rezultatul este același, indiferent dacă ofertele sunt eliminate înainte de deschiderea ofertei sau ulterior acesteia.

Or, dacă cei doi ofertanți se află în aceeași situație, cu ce sunt afectați aceștia dacă unul este respins în ședința de deschidere, iar

celălalt este respins pe parcursul evaluării ofertelor, atât timp cât se ajunge la același rezultat la sfârșitul procedurii de atribuire, respectiv ambii fiind eliminați.

Fără a reitiera cele deja expuse în cadrul contestației menționează că este evident că autoritatea contractantă nu a luat o măsură legală și temeinică cu atât mai mult cu cât a procedat diferit de contestatoare față de cei doi ofertanți în sensul că a considerat că este mai important să anuleze o procedură întrucât cei doi ofertanți nu au depus garanție în forma solicitată, decât să continue o procedură cu un ofertant care a constituit garanția conform celor cerute prin documentație.

În atare condiții, este evident că invocarea încălcării principiului tratamentului egal raportat la un ofertant eliminat pentru aceleași motive pentru justificarea unei sancțiuni extreme este absurdă cu atât mai mult cu cât contestatoarea a depus oferta în conformitate cu dispozițiile legale și nu ar trebui să fie sancționată pentru neconformitățile celorlaltor două societăți care au depus garanția într-un mod diferit față de contestatoarea.

În considerarea celor ce preced se solicită admiterea contestației, să se constate veridicitatea aspectelor criticate de contestatoare și, pe cale de consecință, să se decidă în sensul petitului contestației, respectiv anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire și continuarea procedurii de atribuire prin luarea în considerare a faptului că autoritatea contractantă are posibilitatea legală de a respinge ofertantul Asocierii ... S.R.L. pentru "neconformitățile" invocate și în cadrul ședințelor de evaluare a ofertelor.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect „...”, SC ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, pe loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 165798 din 02.02.2016, odată cu care a postat și documentația de atribuire. Valoarea estimată a procedurii este situată între 43,8 lei și 36.534.320,99 lei.

La termenul limită de depunere a ofertelor, au fost depuse 5 oferte, astfel cum rezultă din procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. M04.01.01./661/11.04.2016, două dintre oferte fiind respinse în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor pentru nereguli în ceea ce privește garanția de participare (Asocierea ... SpA), pentru lotul I fiind depuse două oferte, respectiv ... și ..., iar pentru lotul al doilea, au fost depuse, de asemenea, două oferte, respectiv ...și Asocierea ... S.R.L.

Potrivit raportului procedurii nr. M.04.01.01/788/27.04.2016, încheiat pentru lotul al doilea, procedura a fost anulată, autoritatea contractantă reținând că s-a descoperit în cazul Asocierii ... SRL o situație "similară" cu cea pentru care oferta Asocierii ...SA, respectiv faptul că garanția de participare era pe numele unui asociat, nefiind menționat ofertantul, respectiv Asocierea ... SRL.

Asocierea ... SA a depus contestație în urma respingerii ofertei sale în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, solicitând anularea întregii proceduri de atribuire. Ulterior, autoritatea contractantă a luat decizia anulării procedurii de atribuire pentru lotul al doilea, pentru motivul arătat mai sus, fapt ce a generat depunerea unei contestații din partea ..., solicitând anularea deciziei de anulare a procedurii pentru lotul al doilea.

În ceea ce privește contestația formulată de Asocierea ... SA, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației, motivat de faptul că aceasta este îndreptată împotriva "*rezultatului procedurii de tip licitație deschisă organizată de către autoritatea contractantă în vederea atribuirii Acordului-cadru având ca ...*", deci contestatoarea nu arată actul a cărui anulare o solicită, cerință stipulată expres de prevederile art. 255 din OUG nr. 34/2006. mai arată autoritatea contractantă că din petitul contestației, reiese faptul că aceasta formulează o contestație împotriva "rezultatului procedurii", în condițiile în care etapa în care se află procedura de atribuire este aceea imediat ulterioară ședinței de deschidere a ofertelor.

Consiliul va respinge excepția invocată, deoarece din conținutul contestației, respectiv fila a doua alineatul 4, rezultă, cu certitudine, că aceasta vizează procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, în care se precizează că oferta sa a fost respinsă din cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, în temeiul art. 33 alin. (3) din HG nr. 925/2006 fiindu-i restituită oferta în integralitate „deoarece nu a fost însoțită de garanția de participare, având forma solicitată în documentația de atribuire (...). În cazul de față, scrisoarea de garanție bancară menționează ca ofertant pe ... față de informațiile cuprinse în documentele ofertei, din care rezultă că ofertantul este Asocierea ... SA". Este clar că pentru contestatoare, procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor are valoare de comunicare a rezultatului procedurii, din moment ce oferta i-a fost returnată nedeschisă, prin urmare, Consiliul nu poate reține că nu se menționează actul atacat.

O a doua excepție invocată de autoritatea contractantă este lipsa obiectului contestației în partea aferentă lotului 2. Autoritatea contractantă își motivează excepția pe faptul că, în raport de solicitarea formulată prin contestația depusă, decizia privind anularea procedurii aferentă lotului 2 se constituie drept măsură adoptată de autoritate, în condițiile prevederilor art. 256³ din OUG nr. 34/2006. Prin urmare, nu se poate anula o procedură deja anulată.

Având în vedere dispozițiile art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 potrivit căruia „Contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire vor fi conexe de către Consiliu pentru a se pronunța o soluție unitară”, precum și faptul că în cea de-a doua contestație în analiză, depusă de ..., se solicită anularea deciziei de anulare a rezultatului procedurii, Consiliul va uni excepția lipsei de obiect cu fondul celor două contestații, întrucât admisibilitatea excepției depinde de soluția care se va da cu privire la cea de-a doua contestație. De asemenea, întrucât solicitările celor două părți sunt contrare, prima solicitând anularea

procedurii, iar cea de-a doua solicitând anularea măsurii anulării procedurii în partea dedicată lotului 2, cele două contestații vor fi analizate unitar. Nu în ultimul rând, este de remarcat că în cadrul concluziilor scrise depuse de ..., această societate formulează apărări cu privire la contestația depusă de Asocierea SC ... SA, solicitând respingerea acesteia, fapt care impune tratarea unitară și simultană a celor două contestații.

Potrivit Secțiunii I din Fișa de date a achiziției, *cap. III.1.1.a(i) Garanție pentru participare/Cuquantum garanție de participare. „6. În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii”*.

Totodată, în cadrul anunțului de participare, la cap. III.1.1) Depozite valorice și garanții solicitate se menționează că „În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii”.

Astfel, prevederea din fișa de date a achiziției este certă, deci contestatoarea SC ... SRL nu putea să o ignore. Prin urmare, garanția de participare, așa cum era și firesc, se depune pe numele ofertantului participant la procedură, în cazul de speță Asocierea SC ... SA.

Contestatoarea SC ... SRL, în motivarea contestației, susține că este, în mod evident, o eroare materială nementionarea și a celui de-al doilea asociat, eroare ce putea fi corectată prin simpla solicitare de clarificări. Consiliul reține ca fiind aplicabile în cauză dispozițiile art. 33 alin. (3) din HG nr. 925/2006, potrivit căruia „În cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care se încadrează într-una dintre următoarele situații:

a) au fost depuse după data și ora-limită de depunere sau la o altă adresă decât cele stabilite în anunțul de participare;

b) nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire”.

Întrucât documentația de atribuire, așa cum s-a arătat mai sus, a menționat clar că instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii, în mod temeinic autoritatea contractantă a respins oferta depusă de ofertantul Asocierea ... SA, acesta nefiind însoțită de o garanție de participare constituită de ofertant corespunzător ofertei depuse, având forma solicitată explicit în documentația de atribuire (corespunzător prevederilor art. 43¹ din OUG nr. 34/2006), respectiv cu menționarea denumirii ofertantului constuit ca asociere de operatori economici. Potrivit art. 43¹ din OUG nr. 34/2006 „(1) Garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului”.

Scrisoarea de garanție bancară pentru participare emisă de Banca Transilvania SA Cluj cu nr. 52/07.04.2016 nu menționează numele ofertantului, respectiv Asocierea ... SA, ci menționează numele asociatului lider SC ... SRL, dar fără a se preciza calitatea acestuia

acestui în procedură. Față de aspectul menționat, potrivit textului scrisorii de garanție, angajamentul societății de asigurări că va pune la dispoziție autorității contractante suma menționată, este valabil doar în situațiile în care se poate susține incidența situațiilor prevăzute la punctele a și b pentru ofertantul al cărui nume este explicit menționat, respectiv SC ... SRL.

În legătură cu obligativitatea menționării denumirii asocierii în cadrul instrumentului de garantare s-au pronunțat instanțele în numeroase decizii, dintre care reținem drept relevante următoarele:

➤ Decizia Curții de Apel București nr. 2293 din 24 mai 2013 prin care se soluționează o speță foarte asemănătoare cu speța în cauză: *„Curtea reține că, într-adevăr, în documentația de atribuire, autoritatea a impus ofertanților să constituie garanția de participare în cuantum de lei, prin scrisoare de garanție bancară, care să conțină, între altele, numele operatorului economic. Conform art. 3 lit. r) din ordonanță (n.n. O.U.G. nr. 34/2006) operator economic este oricare furnizor de produse, prestator de servicii ori executant de lucrări, persoană fizică/juridică de drept public sau privat ori grup de astfel de persoane cu activitate în domeniu, care oferă în mod licit pe piață produse, servicii și/sau execuție de lucrări. Operatorul economic participant la procedura de achiziție publică prin depunerea unei oferte poartă denumirea de ofertant, în conformitate cu art. 3 lit. p) din ordonanță. De asemenea, conform art. 44, mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune candidatură sau ofertă comună, iar autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca asocierea să fie legalizată numai în cazul în care oferta comună este declarată câștigătoare și numai dacă o astfel de măsură reprezintă o condiție necesară pentru buna îndeplinire a contractului.*

Se reține, de aici, că pot avea calitatea de ofertant atât operatorul economic persoană fizică/juridică, cât și asocierea unor operatori economici cu ofertă/candidatură comună.

În ceea ce privește garanția de participare, art. 43 ind. 1 alin. (1) prevede ca ea se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului. Se remarcă faptul că legiuitorul folosește impersonal termenul de „ofertant”, însă pentru explicitarea distincțiilor noțiunii de ofertant trebuie apelat la dispozițiile art. 3 lit. p) și r), citate anterior. Relevante, în același sens, sunt și dispozițiile art. 84-88 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În cadrul procedurii s-a depus polița eliberată de S.C. City Insurance S.A. în cuprinsul căreia s-a indicat drept asigurată S.C. A.P. S.R.L. Totodată, în poliță s-a prevăzut că aceasta reprezintă un angajament irevocabil luat de asigurat și asigurător privind piața în favoarea beneficiarului (autoritatea contractantă) a unei despăgubiri în Urnita garanției în cazului în care ofertantul și-a retras oferta în perioada de valabilitate; oferta sa fiind câștigătoare, ofertantul nu a constituit garanția de bună execuție în perioada de valabilitate a ofertei; oferta sa

fiind câștigătoare, ofertantul a refuzat să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei (n.n. aceeași mențiune se regăsește și în polița de asigurare seria M nr. 000010240 prezentată în prezenta speță drept garanție de participare). Prin urmare, părțile semnatare au înțeles, urmând, de altfel, cadrul normativ citat anterior, să raporteze garanția la asiguratul denumit „ofertant”.

Polița a fost semnată și ștampilată, la rubrica „asigurat”, de S.C. A.P. S.R.L. fără a își indica în mod expres calitatea de lider al asocierii. Și anexa la poliță a fost semnată tot de „asigurat” S.C. A.P. S.R.L. Împrejurarea că S.C. A.P. S.R.L., S.C. R.G. S.R.L. S.C. S.T. S.R.L. și S.C. E S.R.L. s-au asociat pentru a realiza în comun contractul de achiziție publică și că S.C. A.P. S.R.L. a fost desemnat lider al asocierii nu este de natură să conducă la acreditarea argumentelor petentului în susținerea plângerii ca fiind întemeiate.

Acordul de asociere nu prezumă că toate actele procedurii, în măsura în care sunt semnate de societatea ce a fost desemnată drept liderul acesteia, fără menționarea în mod expres a acestei calități, se prezumă a fi îndeplinite în această calitate, iar nu exclusiv în nume propriu (n.n. în speța în cauză contestatoarea chiar a menționat că garanția de participare este constituită în nume propriu de S.C. COMPLAST RO S.R.L.). Împrejurarea că polița de asigurare întrunea celelalte elemente solicitate de autoritatea contractantă nu reprezintă un argument suficient de solid pentru a acredita temeinicia plângerii reclamantei, întrucât lipsa îndeplinirii unei cerințe a autorității nu poate fi acoperită prin întrunirea altor condiții. Prin urmare, în lumina dispozițiilor legale citate în cele ce preced, rezultă că asiguratul, în cuprinsul poliței, este ofertantul, adică operatorul economic sau operatorii economici ofertanți (care se și pot asocia). În aceeași sens, în cuprinsul scrisorii de garanție pentru participare emise de City Insurance se indică în mod expres că asiguratorul se obligă către beneficiarul autoritate contractantă să plătească suma de în mod condițional, după constatarea culpei persoanei garantate, respectiv dacă „ofertantul S.C. A.P.” a refuzat să semneze contractul de achiziție în perioada de valabilitate a ofertei. Prin urmare, însuși asiguratorul a înțeles și exprimat în mod expres că ofertant este exclusiv S.C. A.P. S.R.L. pe care i-a indicat ca fiind „ofertant” și nu asocierea în sine, (n.n. exact aceleași mențiuni sunt și în speța în cauză”).

➤ Decizia nr. 3760 din 26 septembrie 2013 pronunțată de Curtea de Apel București: „În scrisoarea de garanție prezentată de către petentă, la rubrica numele asiguratului figurează exclusiv S.C. P.N.C. S.R.L., iar nu mențiunea de lider al asocierii, precum și compunerea acesteia. În raport de această situație de fapt, în mod corect autoritatea contractantă a constatat că această scrisoare de garanție existentă în cadrul ofertei petentei la data și ora deschiderii tuturor ofertelor participanților nu întrunea cerințele solicitate prin documentația de atribuire, sub aspectul nementionării asocierii conduse de către petentă, iar nu numai a acesteia din urmă, în nume propriu.”

➤ Decizia nr. 2495 din 11 iulie 2012 pronunțată de Curtea de Apel București: *„Consiliul a reținut în mod corect că atât timp cât în cuprinsul scrisorii de garanție bancară nu se menționează niciunde calitatea societății R S.R.L., această garanție reprezintă un document ce nu este opozabil asocierii din care face parte operatorul economic R S.R.L. Scopul menționării calității operatorului economic este pentru a asigura opozabilitatea documentelor de garantare față de asocierea din care face parte operatorul economic, și nu față de autoritatea contractantă.”*

➤ Decizia nr. 4461 din 17 decembrie 2009 pronunțată de Curtea de Apel București: *„Retragerea unui membru al asocierii, cu consecința modificării ofertei tehnice/financiare prezentată de asocierea de operatori economici, creează riscul pentru autoritatea contractantă de a nu-și putea executa scrisoarea de garanție conform dispozițiilor legale, în ipoteza în care din conținutul scrisorii de garanție nu rezultă că oferta a fost prezentată în asociere.”*

Prin urmare, Consiliul reține că la data sedinței de deschidere a ofertelor, ofertanta Asociere SC ... SA nu a depus garanția pe numele ofertantului, ci pe numele unui membru al asocierii, fără a se menționa calitatea sa de membru, ci dimpotrivă, fiind precizată calitatea de ofertant a SC ... SRL, situație care nu corespunde realității. Astfel, decizia autorității de a respinge oferta respectivă nedeschisă încă de la ședința de deschidere a ofertelor este o măsură legală.

În ceea ce privește decizia de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a reținut în procesul verbal al ședinței de analiză din data de 21.04.2016, următoarele aspecte:

"Comisia de evaluare a reanalizat documentele care însoțesc ofertele depuse de ofertanți și a constatat următoarele aspecte aferent Lotului 2:

Scrisoarea de garanție bancară nr. 030382 din 08.04.2016, BANC POST, în sumă de 660.000 lei, valabilitate până la 10.08.2016 - pentru Lotul 2, depusă de ofertantul ASOCIEREA ... S.A. - ... S.R.L. este constituită în numele ... S.A. și nu în numele asocierii, așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire la Capitolul III.1.a(i) Garanție pentru participare / Quantum garanție de participare, punctul 6. În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii asocierii, aspect care nu a fost sesizat în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor.

În conformitate cu procesul verbal de deschidere nr. M.04.01.01/661 /II.04.2016, oferta ASOCIERII ... S.A., a fost respinsă în ședința de deschidere, deoarece nu a fost însoțită de garanția de participare, având forma solicitată din documentația de atribuire, astfel cum a fost aceasta completată/modificată prin clarificări și erate.

Se constată faptul că în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu a fost sesizat elementul de neconformitate privind scrisoarea de garanție de participare depusă pentru oferta ASOCIERII ... SRL. Ca urmare a celor prezentate, aspect care considerăm că se încadrează în categoria unei erori materiale în procesul de analiză din cadrul ședinței de

deschidere, oferta ASOCIERII ... S.R.L. nu a fost respinsă în ședința de deschidere astfel cum s-a procedat cu oferta ASOCIERII ... S.A. aflată într-o situație similară. Având în vedere abordarea pentru situația ofertei ASOCIERII ... S.A., adoptarea la acest moment de măsuri corective privind eroarea constatată nu mai este posibilă prin raportare la etapa specifică a procedurii, fără a conduce la încălcarea principiului prevăzut la art. 2, alin. (2), lit. b) din O. U.G. 34/ 2006 cu modificările și completările ulterioare. Astfel, măsura respingerii la acest moment a ofertei ASOCIERII ... S.R.L., ofertă deschisă în cadrul ședinței de deschidere, ținând seama de etapa specifică a procedurii în care ne aflăm, nu se constituie ca măsură corectivă care să nu aducă atingere principiului tratamentului egal, în raport de abordarea față de oferta ASOCIERII ... S.A., respinsă în cadrul ședinței de deschidere și returnată ofertantului.

Drept urmare, comisia de evaluare constată incidența în situația mai sus prezentată a prevederilor art. 209, alin (1), lit. c) coroborat cu alin. (4), lit. b) ale aceluiași articol, motiv pentru care urmează să propună în cadrul Raportului procedurii, anularea procedurii de atribuire "... aferentă lotului 2 - carduri contactless."

Din analiza acestor motive, Consiliul constată că decizia de anulare a procedurii în partea dedicată lotului 2 este nefondată. Autoritatea sesizând că și ofertanta Asocierea ... SRL se află în aceeași situație cu ofertanta Asociere SC ... SA, trebuia să o respingă pe aceasta, tocmai pentru egalitate de tratament, nefiind nicio diferență de statut dacă o ofertă este respinsă prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii sau prin procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor. Astfel cum a procedat autoritatea contractantă, aceasta a nedreptățit, practic, pe ofertanta ..., punând-o pe același plan cu ofertanta Asocierea ...SRL, deși garanția sa era legal constituită. Argumentele autorității contractante în sprijinul măsurii de anulare a procedurii de atribuire au la bază susțineri referitoare la o abordare interesată a ofertantei ..., care, rămânând singură în competiție, dorește să i se atribui contractul. În realitate, dorința de a i se atribui contractul îi conduce pe toți participanții la procedură, iar legislația achizițiilor publice este certă în ceea ce privește continuarea procedurii cu un singur ofertant, în situația în care oferta sa este singura admisibilă.

Prin urmare, încălcarea tratamentului egal în situația ofertelor depuse de Asociere SC ... SA și Asocierea SC ...SRL pe motiv că ar fi respinse în etape diferite nu este considerată de Consiliu drept un temei valabil pentru anularea procedurii de atribuire, prin urmare, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, va admite contestația ..., în contradictoriu cu SC ... SA și va dispune anularea raportului procedurii nr. M.04.01.01/788/27.04.2016, încheiat pentru lotul al doilea, precum și finalizarea procedurii prin evaluarea ofertelor depuse pentru acest lot.

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu SC ... SA, iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol, va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Redactată în cinci exemplare, conține 37 pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

...

MEMBRU,