CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ....., depusă de ....., lider al asocierii ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată prin împuternicit ....., împotriva comunicării nr. ..... emis de ....., cu sediul în ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....”, cod CPV ....., s-a solicitat anularea tuturor actelor administrative încheiate în prezenta procedură de atribuire și considerarea de către entitatea contractantă ca îndeplinită de către contestator condiția privind constituirea garanției de participare, obligarea entității contractante să considere atât solicitarea de participare cât și oferta contestatorului ca admisibile și să deruleze procesul de verificare și evaluare, reevaluarea ofertei declarată câștigătoare și respingerea ei ca inadmisibilă și neconformă.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În urma evaluării ofertelor depuse la procedura de atribuire a contractatului de achiziție publică „.....”, oferta depusă de contestator a fost respinsă deoarece polița de asigurare seria M nr. 000023467 la Formularul nr. 9 Anexa la polița de asigurare Seria M nr. 000023467 conține „Model de instrument de garantare” în loc de

„Instrument de garantare”. Din punctul de vedere al entității contractante garanția de participare devine nulă.
Contestatorul susține că în cadrul ofertei depuse se află și polița de asigurare a garanției de participare la licitație Seria M ...../ 21.11..... pe care o atașează contestației în copie.

Entitatea contractanta a transmis înștiințarea nr. ...../ 22.11..... prin care a comunicat contestatorului că „în urma evaluării ofertelor depuse la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică” oferta depusă „a fost respinsă, deoarece la polița de asigurare Seria M nr. 000023467 la Formularul Nr. 9 - Anexa la polița de asigurare Seria M Nr. 000023467 din 21.11..... conține „Model de instrument de garantare” în loc de „Instrument de garantare”, astfel din punctul de vedere al comisiei de evaluare a ofertelor, garanția de participare devine nulă”.

Astfel, prin publicarea în SEAP a procesului verbal al ședinței de deschidere nr. ...../...../22.11....., se precizează că garanția de participare a contestatorului devine nulă.

Contestatorul consideră că entitatea contractantă nu a identificat în conținutul ofertei depuse instrumentul de garantare depus constând în polița de asigurare a garanției de participare la licitație seria M ..... din 21.11.....

Contestatorul consideră că entitatea contractantă a încălcat procedura impusă prin HG nr. 394/2016 art. 138 alin. (3) ca urmare a desconsiderării existentei și validității unui document prezentat, legal, corect și complet, și anume a instrumentului de garantare prezentat. Contestatorul menționează că entitatea contractantă a înscris în mod fals, în rubrica alocată menționării existenței garanției de participare, „*nu*” și la „*motivul respingerii*”, la rubrica „*Lipsa garanție de participare*” înscrie, din nou în mod fals, „*da*”.

De asemenea, în privința solicitării de clarificări operatorilor economici, comisia stabilește, decide și consemnează, din nou nelegal, că „*nu este cazul*”, prin urmare contestatorul consideră că entitatea contractantă nu a respectat procesul legal de clarificare a eventualelor neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de forma a garanției de participare, eludând și încălcând prevederi legislative referitoare la acest aspect.

Prin urmare, în opinia contestatorului, entitatea contractantă încalcă și/sau ignoră și/sau eludează atât prevederi legislative precum și propria documentație de atribuire.

Ulterior acestor constatări contestatorul a formulat către entitatea contractantă o notificare prealabilă prin care a sesizat neregulile din cuprinsul procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor.

Entitatea contractantă prin adresa nr. ....., comunică contestatorului că nu va adopta măsuri de remediere, notificarea prealabilă fiind neîntemeiată ca urmare a lipsei anexării unui instrument de garantare din partea asigurătorului, acest fapt dând posibilitatea entității contractante de a constata nulitatea acestei garanții de participare.

Entitatea contractantă prin răspunsul la notificare înștiințează contestatorul că s-a constatat *„lipsa formei acestuia”*, referitor la instrumentul de garantare.

Contestatorul consideră că au fost încălcate prevederile art. 71 alin. (3) și (4) din HG nr. 394/2016 privind constatarea falsă și consemnarea în consecința de către entitatea contractantă a lipsei garanției de participare și art. 2321 alin. (1) și (7) din Codul Civil, privind garanțiile autonome.

În plus, contestatorul susține că Formularul 9 din documentația de atribuire pe care entitatea contractantă a publicat-o în cadrul procedurii a fost ignorat de entitatea contractantă, încălcând prevederile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, prin urmare încălcându-se și art. 11 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările.

Contestatorul invocă în susținerea contestației, prevederile Noului Cod Penal, privind falsul intelectual și falsuri în înscrisuri, art. 321, art. 297, art. 300, art. 298, art. 35 din Legea nr. 286/2009.

Prin adresa nr. ...../.....-...../07.11....., Consiliul solicită entității contractante transmiterea dosarului achiziției; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Entitatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. ....., înregistrată la CNSC cu nr. .....11.12..... transmite punctul de vedere față de contestație, solicitând Consiliului respingerea contestației și menținerea ca temeinică și legală a adresei contestate precum și a procesului verbal de evaluare a ofertelor.

Entitatea contractantă susține că oferta contestatorului a fost respinsă datorită faptului că nu era însoțită de garanția de participare.

Astfel, în termenul legal a formulat un răspuns, potrivit art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 la notificarea formulată și a arătat că în urma analizării motivelor invocate nu urmează să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.

Entitatea contractantă este de părere că atâta vreme cat contestatarul procedând de maniera arătată, respectiv depunerea unei

oferte în care instrumentul de garantare prezentat sub forma unui „*Model Instrument Garantare*” nu garantează ferm față de beneficiar îndeplinirea obligațiilor contractului, a dat posibilitatea comisiei de a considera instrumentul de garantare depus ca fiind lipsit de valabilitate. Contractul de asigurare este reglementat de condiții speciale de asigurare, condiții generale de asigurare, precum și de eventualele acte adiționale sau specificații convenite între asigurator și asigurat, toate considerându-se parte integrantă din contract.

Astfel, conform definițiilor din contractul de asigurare, capitolul 1 punctul 1.13 care prevede „*Contractul de asigurare: totalitatea documentelor care atestă asigurarea. Din contractul de asigurare fac parte integrantă: polița de asigurare, condițiile de asigurare, cererea de asigurare, împreună cu toate documentele anexate, instrumentul de garantare și orice declarație a asiguratului etc*”. Lipsa anexării unui instrument de garantare din partea asigurătorului dă posibilitatea entității contractante de a considera ca fiind lipsită de valabilitate această garanție de participare, fără a mai solicita prezentarea documentelor lipsă, câtă vreme modul de prezentare a scrisorii de garanție a fost viciat.

Entitatea contractantă consideră că, conform dispozițiilor art. 205 și art. 221 din Legea nr. 99/2016 este un drept al entității contractante de a solicita completarea documentelor de calificare, iar nu o obligație.

Mai mult, nu este necesară o solicitare de clarificări din partea entității contractante, așa cum a precizat contestatorul, câtă vreme instrumentul de garantare prezentat sub forma unui „*model instrument garantare*” nu garantează ferm față de beneficiar îndeplinirea obligațiilor contractului.

În procesul verbal de deschidere a ofertelor în tabelul inserat la afirmația „*existenței garanției de participare*” s-a notat „*nu*” deoarece entitatea contractantă a considerat instrumentul de garantare depus ca fiind lipsit de valabilitate, deci în opinia entității acest instrument nu există. În tabelul cu respingerea ofertelor la deschiderea acestora, la afirmația „*lipsa garanției de participare*” s-a notat „*da*” din motivele prezentate mai sus, respectiv nevalabilitatea instrumentului de garantare depus de contestator.

Entitatea contractantă consideră că afirmațiile contestatorului reluate și în contestație privind eludarea prevederilor legislative nu pot fi primite, câtă vreme lipsește însăși dovada depunerii garanției în forma prevăzută de lege, solicitată în fișa de date.

Entitatea contractantă infirmă și apărările contestatorului cu privire la încălcarea dispozițiilor art. 11 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările din Romania, conform cărora dovada încheierii contractului de asigurare rezultă și din emiterea și trimiterea unui document de asigurare, cum ar fi polița, atâta vreme cât aceasta nu produce efecte fără prezentarea instrumentului de plată a plății primei de asigurare, în acest sens.

Astfel, modul de prezentare a instrumentului de garantare, fără o dovadă în acest sens a plății primei de asigurare, bilet la ordin avizat sau filă CEC, dă posibilitatea entității contractante de a constata că acest document nu produce efecte juridice în sensul de a garanta beneficiarului îndeplinirea corectă a obligațiilor ce decurg din contract, în limita sumei garantate și în strictă concordanță cu termenele și condițiile stipulate în contract.

Prin urmare modul de prezentare a instrumentului de garantare raport la dovada lipsei plății conduce la raționamentul după care entitatea contractantă a considerat garanția de participare ca nulă. Prin urmare, entitatea contractantă a considerat instrumentul de garantare depus ca fiind lipsit de valabilitate și nu a „*constatat*” nulitatea acestuia, considerarea entității contractante fiind supusă căilor de atac.

Entitatea contractantă menționează că aceste elemente din contestație nu au fost prezentate în notificarea prealabilă.

Față de cele mai sus arătate, entitatea contractantă solicită respingerea contestației și menținerea ca temeinică și legală a adresei contestate precum și a procesului verbal de evaluare a ofertelor, pentru motivele arătate mai sus.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....”, cod CPV 71330000-0 prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este 199.800,00 lei.

Oferta depusă de asocierea ..... a fost respinsă conform adresei nr. 3/1/5/1886/22.11....., deoarece anexa 9 la poliței de asigurare de asigurare privind garanția de participare „conține «model de instrument de garantare» în loc de «instrument de garantare», astfel din punctul de vedere al comisiei de evaluare a ofertelor, garanția de participare devine nulă”.

Procedând la analizarea motivelor care au stat la baza deciziei de respingere, Consiliul reține următoarele:

Modalitatea de depunere a garanției de participare a fost stipulată în fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.1.a) Garanția de participare, conform căreia „Garanția pentru participare este de: 1.998 lei pentru o perioadă de valabilitate de 120 zile de la data și ora limită de depunere a ofertei și se constituie: *prin OP în cont nr. RO 76 BPOS36003306699 ROL 01 deschis la Banc Post ..... * fila CEC în contul autorității contractante cu condiția confirmării acestora de către bancă până la data limită de depunere a ofertelor sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, prin virament bancar.

Garanția de participare este irevocabilă.

Dovada constituirii garanției de participare se va prezenta cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor.

Ofertele care nu sunt însoțite de dovada constituirii garanției pentru participare se vor respinge în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor.

Entitatea contractantă are dreptul de a reține garanția de participare, atunci când acesta din urmă se află în oricare din următoarele situații:

a) își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare :

** nu constituie garanția de bună execuție așa cum este stabilit în documentația de atribuire și contract;*

** refuză să semneze contractul de achiziție publică în perioada de valabilitate a ofertei" iar la pag. 7 din setul de formulare (fișierul „[RFQ0104901/003] formulare ....doc.p7s" din anexa anunțului de participare simplificat), entitatea contractantă a transmis operatorilor economici interesați modelul formularului nr. 9, având titlul „model de instrument de garantare".*

Se reține în soluționarea cauzei, că ofertantul în cauză a prezentat în cadrul ofertei depusă o poliță de asigurare emisă de ..... cu seria M nr. 000023467 la data 21.11..... (pag. 2 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), suma garanției de 1.998 lei și perioada de asigurare 121 de zile începând din data de 21.11..... împreună cu următoarele înscrisuri:

- condițiile de asigurare privind garanția de participare la licitație (pag. 3-5 din dosarul achiziției);

- o anexă la polița de asigurare de mai sus, cu titlul „*model de instrument de garantare – formular 9*", având forma impusă prin formularul nr. 9 din setul de modele de formulare.

Documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 129 din HG nr. 394/2016), cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv fișa de date) devine obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru entitatea contractantă care trebuie să o respecte întocmai.

Constituirea garanției de participare are rolul de a proteja entitatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător din partea ofertanților pe parcursul procedurilor de atribuire. Obligativitatea constituirii garanției de participare reprezintă garanții stabilite de dispozițiile legale în vederea ocrotirii intereselor entităților contractante împotriva exercitării abuzive sau cu rea credință a drepturilor și obligațiilor de care beneficiază ofertanții participanți în cadrul unor proceduri de achiziție sectorială, fiind incidente în acest caz dispozițiile HG nr. 394/2016, stipulează următoarele:

„Art. 41. - (1) Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei care are drept scop protejarea entității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

(2) Entitatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare.

(3) Fișa de date a achiziției trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare:

a) valoarea, ce nu poate depăși 2% din valoarea estimată a contractului sectorial sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, fără a fi luată în calcul valoarea pentru diverse și neprevăzute, dacă este cazul;

b) perioada de valabilitate care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire.

(4) Prin excepție de la prevederile alin. (3) lit. a), în cazul atribuirii contractelor a căror valoare estimată este mai mică decât echivalentul în lei a 25.000.000 euro, valoarea garanției de participare nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

Art. 42. - (1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, în condițiile legii.

Derogare în Normă metodologică din 02/06/2016 la 06/06/2016.

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

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă".

Din prevederile fișei de date și a dispozițiilor legale mai sus citate se observă că operatorii economici puteau depune garanția de participare printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări.

Raportat la cele mai sus menționate, Consiliul constată că asocierea .....L a constituit garanția de participare cu respectarea întocmai a documentației de atribuire, astfel a constituit garanția în cuantumul solicitat respectiv 1.998 lei, iar dovada acesteia, respectiv polița de asigurare se regăsește la dosarul achiziției.

Consiliul nu poate reține susținerile entității contractante de respingere a ofertei contestatorului motivat de faptul că „la polița de asigurare seria M nr. .....la formularul nr. 9 – anexa la polița de asigurare seria M nr. ..... din 21.11..... conține „model de instrument de garantare" în loc de „instrument de garantare", astfel din punctul de vedere al comisiei de evaluare a ofertelor, garanția de participare devine nulă" deoarece decizia de respingere a ofertei a fost adoptată de către comisia de evaluare fără respectarea prevederile legale în domeniu, respectiv anterior respingerii ofertei depusă de contestator, dacă avea neclarități cu privire la modalitatea de constituire a garanției de participare, entitatea contractantă trebuia să facă aplicarea prevederilor art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016 „În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor".

În speță, entitatea contractantă nu a aplicat prevederile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016, în sensul că, deși a sesizat o eroare/ neconcordanță în titlul anexei la polița de asigurare, nu a solicitat contestatorului să clarifice această inadvertență de formă și să dovedească plata primei de asigurare, astfel cum avea obligația potrivit normei juridice antecitate, ci a ales să respingă ca inacceptabilă oferta contestatorului fără a oferi acestuia șansa să clarifice neconcordanța din titlul înscrisului de la pag. 6 din setul său de documente.

Consiliul nu poate reține ca întemeiat motivul de respingere a ofertei contestatorului, având în vedere faptul că legiuitorul permite comisiei de evaluare să clarifice **orice neconcordanță cu privire** la condițiile de **formă**, cuantumul și valabilitatea garanției de participare, în termen de 3 zile lucrătoare.

Scopul reglementării în mod expres a posibilității autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la neconcordanțele întâlnite la garanția de participare este tocmai acela de a oferi șansa operatorilor economici de a lămuri aceste neclarități prin depunerea de înscrisuri care trebuie analizate de membrii comisiei de evaluare cu rigurozitate fără însă să aducă vreun avantaj vreunui operator economic, potrivit prevederilor art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de verificare a documentelor care însoțesc oferta, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. a) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu, respingerea ofertei contestatorului fiind rezultatul unui formalism excesiv al membrilor comisiei de evaluare și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea verificării garanției sale de participare este fondată, urmând să fie admisă.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația depusă de ....., în contradictoriu cu ..... va anula procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor în partea referitoare la respingerea ofertei contestatorului și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor potrivit celor reținute în motivare, a prevederilor legale și a documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația depusă de ..... în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.