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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32818/10.08.2018, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI RO... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., împotriva adresei (deciziei) nr. 2336/06.08.2018, de excludere a ofertei, ca neconformă, emisă de SC ... SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Servicii transport deșeuri menajere”, s-a solicitat Consiliului anularea adresei (deciziei) de excludere și declarare ca neconformă a ofertei depuse de SC ... SRL și, pe cale de consecință, dispunerea reevaluării documentației și a ofertei depuse de contestatoare, prin considerarea acestora ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL critică nelegalitatea și netemeinicia deciziei de excludere și de declarare neconformă a ofertei sale, motivând că, în cauză, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 36 alin. (4) din HG nr. 395/2016, astfel cum în mod eronat reține autoritatea contractantă în adresa (decizia) nr. 2336/06.08.2018.

În susținere, contestatoarea evocă prevederile art. 35 și art. 36 din HG nr. 395/2016, precizând că, urmare a anunțului publicat de autoritatea contractantă în SEAP, în termenele stabilite, a publicat în SEAP, la data de 26.07.2018 ora 10:42, documentele de calificare, propunerea tehnică și propunerea financiară aferente procedurii în discuție (termen limită de depunere a documentației fiind data de 26.07.2018, ora 15:00).

De asemenea, petenta susține că a respectat cerințele caietului de sarcini și fișei de date a achiziției publice, dovedind că îndeplinește condițiile de participare, vizând situația personală a ofertantului, capacitatea de exercitare a activității profesionale, capacitatea economică și financiară, standardele de asigurare a calității și de protecția mediului.

Contestatoarea arată că oferta sa a fost declarată neconformă deoarece garanția de participare nu a fost virată în contul specificat în fișa de date a achiziției, până la data și ora limită de depunere a ofertelor, precizând că garanția de participare, în sumă integrală de 4.620 lei, a fost virată în contul de trezorerie al autorității contractante, până la data și ora limită de depunere a ofertelor.

Referitor la acest aspect, contestatoarea menționează că, deși în fișa de date a achiziției se regăsește menționat contul ... deschis la Banca ... pentru a fi virată garanția de participare la licitație, dintr-o regretabilă eroare, nu a observat acest cont și a contactat SC ... SA, care i-a indicat contul de trezorerie ... pentru viramentul garanției, iar, ulterior, la data de 31.07.2018, autoritatea contractantă a procedat la restituirea garanției de participare, iar la data de 06.08.2018, a emis decizia de excludere.

Astfel, la data de 31.07.2018, sesizând restituirea garanției în contul curent, telefonic, petenta afirmă că a cerut clarificări autorității contractante, care a precizat că viramentul trebuia făcut în contul deschis la Banca Transilvania, indicându-i contul și solicitându-i să vireze garanția remisă în acest cont.

SC ... SRL afirmă că a reefectuat viramentul garanției în contul de la Banca Transilvania, dar în afara termenului de depunere a garanției.

În opinia contestatoarei, plata sa ar fi trebuit acceptată, cu atât mai mult cu cât un ordin de plată (OP nr. 227529040 și extras cont din data de 26.07.2018) dă dreptul autorității contractante de a dispune de suma respectivă în orice moment și pe o perioadă chiar și nelimitată, în comparație cu o scrisoare bancară cu o valabilitate stabilită, rolul garanției de participare fiind acela de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al ofertantului.

Privitor la aceste aspecte, petenta solicită sancționarea lipsei de interes a autorității contractante, pe care înțelege să o invoce ca mijloc

de apărare, constând în refuzul de primire/restituirea nejustificat(ă) a garanției de participare la licitație din contul de Trezorerie, considerând că organizatoarea procedurii ar fi putut solicita clarificări cu privire la constituirea garanției de participare, cu atât mai mult cu cât analizei comisiei de evaluare au fost supuse ambele ordine de plată. Potrivit art. 1504 Cod Civil dacă plata se face prin virament bancar, ordinul de plată semnat de debitor și vizat de instituția de credit plătitoare, prezumă efectuarea plății, până la proba contrară.

Totodată, contestatoarea apreciază că maniera în care a procedat autoritatea contractantă apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertantului participant, nefiind în prezența unei abateri grave, de natură a crea un prejudiciu autorității contractante, corelativ, nici ofertantul SC ... SRL nu trebuie și nu poate fi prejudiciat printr-o hotărâre arbitrară a acesteia.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa nr. 2472/14.08.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 33375/14.08.2018, autoritatea contractantă transmite punct de vedere, precizând că înțelege să anuleze decizia de excludere și declarare neconformă a ofertei depuse de SC ... SRL și, pe cale de consecință, dispune reevaluarea documentației și a ofertei depuse de contestatoare, prin considerarea acestora ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă evocă dispozițiile art. 20, art. 36 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, precizând că, la Secțiunea III pct. 1, pct. 6. pct. a) din anunțul de participare, s-a menționat contul ... deschis la Banca ... pentru virarea garanției de participare de către ofertanții/candidații posibili participanți la procedura de atribuire.

Astfel, la deschiderea ofertelor și verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare a constatat, în urma verificării extraselor de conturi bancare, faptul că SC ... SRL nu a depus garanția de participare în termenele stabilite în anunțul de participare, ofertantul constituind garanția de participare prin virament bancar în contul SC ... SA, deschis la Trezorerie, cont care nu se regăsește în anunțul de participare, fapt pentru care decide excluderea și declararea ca neconformă a ofertei acesteia.

Or, în cauză, autoritatea contractantă nu a putut dispune de garanția de participare a ofertantului SC ... SRL, garanție care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

Privitor la acest aspect, autoritatea contractantă evocă dispozițiile art. 2 alin. (1) din OUG 146/2002, privind operațiunile derulate prin trezoreria statului, amintind faptul că nu a refuzat primirea/restituirea garanției de participare la licitație din contul de Trezorerie, așa cum susține contestatoarea, având ca document justificativ extrasul de cont

bancar, din care rezultă faptul că nu a fost virată nicio sumă de bani din contul plătitorului SC ... SRL în contul de trezorerie al autorității contractante SC ... SA.

Concluzionând, autoritatea contractantă consideră că a depus toate diligențele necesare pentru a nu îngrădi liberul acces la procedură, respectând prevederile legale incidente.

În drept, se invocă dispozițiile art. 36 alin (1) din HG nr. 395/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

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

SC ... SA a inițiat o procedură simplificată, derulată online, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Servicii transport deșeuri menajere", prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. .... Valoarea estimată a contractului de servicii ce urmează a fi atribuit este de 462.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut".

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ... SRL prin adresa nr. 2336 din 06.08.2018, în care se arată că oferta sa a fost declarată neconformă, deoarece constituirea garanției de participare nu a fost virată în contul specificat în fișa de date a achiziției, până la data și ora-limită de depunere a ofertelor, conform art. 36 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de 9.240 lei cu recipisa nr. 204818607/1 din 13.08.2018, emisă de CEC Bank SA), solicitând anularea adresei (deciziei) de excludere și declarare ca neconformă a ofertei sale și, pe cale de consecință, dispunerea reevaluării documentației și a ofertei sale, prin considerarea acestora ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire.

În soluționare, Consiliul reține mențiunea autorității contractante, din punctul său de vedere la contestație, conform căreia „înțelege să invoce anularea Deciziei de excludere și declarare ca neconformă a ofertei depuse de SC ... SRL și, pe cale de consecință, dispunerea reevaluării documentației și a ofertei depuse de contestatoare, prin considerarea acestora ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire", mențiune ce ar putea fi considerată drept o achiesare la pretenția contestatoarei, însă întreaga expunere de fapt și de drept din cuprinsul punctului de vedere al autorității contrazice o astfel de concluzie, fiind menită să conducă la respingerea contestației. Drept urmare, Consiliul va analiza cauza pe fondul său, reținând poziția procesuală a autorității contractante în sensul păstrării actelor sale.

În verificarea legalității deciziei de respingere a ofertei SC ... SRL, Consiliul reține că prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit următoarele reguli privind constituirea garanției de participare la procedură:

„III.1.6) Depozite valorice și garantii solicitate:

III.1.6.a) Garantie de participare:

4620 lei Forma de constituire a G.P: l.virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în cond. legii de o soc.bancara ori de o soc. de asigurari, care nu se afla în sit. speciale priv.autorizarea ori supravegherea,in cond.legii,conform art.36 alin.1 din HG 395/2016. Instrum.de garantare trebuie sa prevada ca plata G.P se va executa necond., respectiv la prima cerere a benef, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa pers. garantate. Pentru vir. bancar se va folosi contul: R036BTRLRONCRT0360464201 deschis la Banca Transilvania Echivalenta pentru o G.P. constituita în alta valuta se va face la cursul BNR din data publicarii anunțului simplificat în SEAP. în orice sit., dovada constit.G.P. se va posta în SEAP, semnata cu semnatura electronica, pana la data și ora limita de depunere a ofertelor. Garantia trebuie sa fie irevocabila. Per.de valabilitate a G.P este de 90 de zile de la termenul limita de depunere a ofertelor. Retinerea garantiei de participare se va face în conformitate cu prevederile art. 37 din HG nr. 395/2016. G.P. se restituie conform prev. art. 38 din HG nr. 395/2016."

Drept urmare, SC ... SRL a constituit garanția de participare prin virament bancar în contul autorității contractante deschis la Trezorerie. Motivația faptului că suma a fost depusă în contul autorității contractante deschis la Trezorerie și nu în contul bancar arătat în fișa de date a achiziției, rezidă în faptul că nu a fost observată mențiunea din fișă referitoare la cont, ca urmare a contactării sale, autoritatea indicându-i ofertantei contul său de Trezorerie.

Dovada acestui transfer este făcută de contestatoare prin extrasul său de cont, emis de ..., din care rezultă transferul, în data de 26.07.2018, a sumei de 4.620 lei, reprezentând „garanție participare licitație", în contul ..., beneficiar SC ... SA.

Ulterior, potrivit dovezii depusă la dosar de către contestatoare (extras de cont), în data de 31.07.2018, autoritatea contractantă i-a returnat SC ... SRL suma de 4.620 lei, din contul său de Trezorerie precizat mai sus, suma ce i-a fost transmisă în data de 26.07.2018.

Potrivit afirmațiilor contestatoarei, văzând faptul că i-a fost returnată suma pe care a transmis-o autorității contractante cu titlu de garanție de participare la procedură, SC ... SRL a contactat telefonic autoritatea contractantă în vederea clarificării situației, primind îndrumarea de a vira suma în contul bancar deschis la Banca .... Ofertanta s-a conformat acestei îndrumări și, conform extrasului său de cont, emis de ..., depus la dosar, în data de 31.07.2018, a transferat autorității contractante suma de 4.620 lei, reprezentând „cval garanție participare licitație", în contul ..., beneficiar SC ... SA.

În data de 06.08.2018, SC ... SRL a primit din partea autorității contractante adresa nr. 2336 din 06.08.2018 prin care i se aduce la cunoștință decizia de respingere a ofertei.

Față de această situație de fapt, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi ale HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare:

- art. 35

„(1) Garanţia de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorităţii contractante faţă de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.”

-

art. 36

„(1) Garanţia de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituţie de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condiţiile legii.

(2) Garanţia de participare trebuie să fie constituită în suma şi pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentaţia de atribuire.

(3) Garanţia trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta şi celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data şi ora-limită de depunere a ofertelor, şi trebuie să prevadă că plata garanţiei de participare se va executa necondiţionat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declaraţiei acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.”

- art. 38

„(1) Garanţia de participare, constituită de ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare, se restituie de către autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data constituirii garanţiei de bună execuţie.

(2) În cazul unei proceduri de atribuire a unui acord-cadru, precum şi în cazul atribuirii unui contract pentru care nu este obligatorie constituirea garanţiei de bună execuţie, garanţia de participare constituită de ofertantul a cărei ofertă a fost stabilită câştigătoare se restituie de către autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data semnării acordului- cadru/contractului.

(3) Garanţia de participare, constituită de ofertanţii a căror ofertă nu a fost stabilită câştigătoare, se restituie de către autoritatea contractantă după semnarea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru cu ofertantul/ofertanţii ale cărui/căror oferte au fost desemnate câştigătoare, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la data semnării contractului de achiziţie publică/acordului-cadru cu ofertantul declarat câştigător.

(4) În cazul în care autoritatea contractantă se află, conform prevederilor art. 212 alin. (1) sau art. 213 din Lege, în situaţia de a anula procedura de atribuire, garanţia de participare se restituie după data expirării termenului de depunere a unei contestaţii cu privire la această decizie, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la această dată.

(5) După primirea comunicării prevăzute la art. 215 din Lege, ofertanţii ale căror oferte au fost declarate necâştigătoare au dreptul de a obţine eliberarea garanţiei de participare înainte de expirarea perioadei prevăzute la alin. (3), dacă transmit autorităţii contractante o solicitare în acest sens. Autoritatea contractantă are obligaţia de a restitui garanţia de participare în cel mult 3 zile lucrătoare de la primirea unei solicitări în acest sens."

Analizând conduita și actele celor două părți ale cauzei, Consiliul constată, pe de o parte, faptul că, prin transferul sumei reprezentând garanția de participare în contul deschis de autoritatea contractantă la Trezorerie, suma de bani aflându-se la dispoziția acesteia din urmă, a fost atins scopul acestei garanții, respectiv acela de protejare a autorităţii contractante faţă de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire, așa cum stabilesc prevederile de la art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Faptul alegerii acestei modalități de constituire a garanției de către ofertantă este conform variantelor prevăzute ca legale prin textul

art. 36 alin. (1) citat mai sus.

Pe de altă parte, față de conduita autorității contractante de a restitui, în condițiile expuse mai sus, din contul său de Trezorerie, suma primită, de la SC ... SRL, cu titlu de garanție de participare, Consiliul reține încălcarea prevederilor art. 38 din HG nr. 395/2016, care reglementează în mod clar și precis situațiile și modalitatea în care autoritatea contractantă restituie participanților la procedură garanțiile de participare constituite de aceștia. Se observă, din economia acestor prevederi, că situația de fapt din prezenta speță nu se regăsește în ipotezele de lucru indicate de legiuitor.

Cât privește eroarea cu privire la contul autorității contractante în care suma, reprezentând garanția de participare, a fost transmisă, Consiliul reține că aceasta nu este de natură a prejudicia autoritatea contractantă care, așa cum se arata mai înainte, era în posesia sumei respective, scopul de protejare a sa fiind atins.

De altfel, de interes este a se reține și faptul că dispozițiile regăsite la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 stabilesc următoarele:

„În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanţe referitoare la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, precum şi la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen

de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă."

Drept urmare, văzând eroarea ofertantei contestatoare, autoritatea contractantă era ținută la clarificarea situației constatate, greșita direcționare a sumei într-un alt cont al său fiind, în mod evident, o neconcordanță în îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, la a cărei îndreptare sunt ținute atât autoritatea contractantă, cât și ofertanta, în condițiile de la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a procedat în sensul aplicării acestui ultim text de lege amintit, ba, mai mult, nici la îndreptarea situației de către ofertantă nu a răspuns în mod pozitiv, primind îndreptarea neconcordanței ivite, așa cum ar fi trebuit să procedeze în acord cu art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, ci a decis, în mod nelegal, respingerea ofertei.

Drept urmare, Consiliul reține caracterul fondat al criticilor contestatoarei și nelegala măsură adoptată de autoritate în sensul respingerii ofertei SC ... SRL.

Consiliul nu va reține în soluționare informația reieșind din extrasul de cont prezentat de autoritatea contractată, depus în probarea faptului că în contul său de Trezorerie nu a fost virată nicio sumă de către SC ... SRL, în data de 26.07.2018, pe de o parte, deoarece proba depusă de contestatoare dovedește viramentul său în acea dată, iar pe de altă parte, deoarece este de notorietate faptul că, între bănci diferite, transferul de sume, de regulă, nu se realizează în aceeași zi, ci la o zi distanță, astfel încât, cel mai probabil, suma virată de societate, in data de 26.07.2018, în contul autorității contractante de la Trezorerie a fost primită în acesta în data de 27.07.2018. Consiliul observă că autoritatea contractantă nu menționează nimic despre primirea sumei de bani în contul de Trezorerie, despre restituirea acestei sume ofertantei și despre retransmiterea de către aceasta a garanției de participare în contul bancar indicat în documentația de atribuire, din expunerile sale reieșind că toate aceste evenimente îi sunt străine.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de SC ... SRL și să anuleze actele autorității contractante privind decizia referitoare la oferta SC ... SRL, precum și comunicările privind această decizie.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusa de SC ... SRL.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibil capătul de cerere din contestație vizând „considerarea documentației și a ofertei depuse de contestatoare ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire”, deoarece stabilirea ofertelor neconforme și inacceptabile reprezintă atribuția comisiei de evaluare, conform art. 127 alin. (1) lit. j) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise într-o procedură de atribuire și atacate prin contestație.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de SC ... SRL în contradictoriu cu SC ... SA.

Anulează actele autorității contractante privind decizia referitoare la oferta SC ... SRL, precum și comunicările privind această decizie.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusa de SC ... SRL.

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere din contestație vizând „considerarea documentației și a ofertei depuse de contestatoare ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire”.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.