

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2219 / C7 / 2407

Data: 21.09.2023

Prin contestația nr. 1571/28.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46807/28.08.2023, formulată de către asocieria (...) SRL - (...)SRL, prin liderul de asocierie (...) SRL, cu sediul în (...), înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată prin - director general și convențional prin avocat cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale la (...) SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1594/17.08.2023 și a raportului procedurii nr. 15765/11.08.2023 emise de către (...), cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect *„Proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul: Reabilitare și modernizare DJ 300 între centura București și DN 2 (Șindrilița), cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2)*, se solicită anularea adresei de comunicare a rezultatului nr. 1594/17.08.2023 și a raportului procedurii nr. 15765/11.08.2023, în partea care vizează oferta sa, obligarea autorității contractante la aplicarea prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, precum și continuarea procedurii de atribuire cu stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea corectă a criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocieria (...) SRL - (...)SRL, prin liderul de asocierie (...) SRL, critică modalitatea de evaluare a ofertei sale, susținând că motivul de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă este neîntemeiat.

Precizează că autoritatea contractantă prin intermediul SICAP prin adresa de comunicare a rezultatului nr. "1594/17.08.2023" a statuat

faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, motivat de faptul că: „Comisia de evaluare a constatat că nu ați prezentat dovada constituirii garanției de participare”.

Susține că, concluziile greșite ale comisiei de evaluare sunt cauzate de modul extrem de formalist în care s-a procedat la evaluarea ofertei sale, autoritatea contractantă procedând la respingerea ofertei fără a solicita în prealabil vreo clarificare pentru a i se acorda posibilitatea de a demonstra că oferta depusă îndeplinește toate cerințele stabilite prin documentația de atribuire.

O simplă solicitare de clarificare ar fi lămurit pe deplin faptul că a elaborat oferta cu respectarea tuturor condițiilor din documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei sale motivat de faptul că:

„Față de cele prezentate mai sus, comisia de evaluare a considerat că nu se impune solicitare de clarificări având în vedere că deficiența constatată nu a fost de formă ci de fond, astfel nefiind complinite prevederile art. 132 din H.G. nr. 395/2016, respectiv: *(3) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.*

Ca urmare, **oferta dumneavoastră fost respinsă ca inacceptabilă, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016**, întrucât cu privire la modalitatea de transmitere a instrumentului de garantare, singura condiție pusă de legiuitor este ca acesta să fie transmis în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor obligație pe care nu ați respectat-o”.

Susține că, potrivit prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 **(3) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.**

Prin urmare, sancționarea unei oferte în baza prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, fără parcurgea procedurii prealabile prevăzute de legiuitor, respectiv aceea de a solicita clarificări, în termen de o zi, privind eventualele neclarități referitoare la garanția de participare, în condițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, este contrară scopului prevăzut.

Nerespectarea prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, constituie, în același timp, o încălcare a principiului proporționalității, reglementat la art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, întrucât interesul sau scopul autorității contractante nu trebuie concentrat înspre inventarea, cu orice preț, de pretexte de respingere a ofertelor, ci

dimpotrivă, de a atrage și menține în competiție cât mai mulți potențiali contractanți, asigurând în acest fel, după cum a menționat anterior, premisele unei concurențe reale și loiale, precum și efectuarea de achiziții în condiții de eficiență economică și socială.

Astfel, consideră că în mod nelegal autoritatea contractantă nu i-a solicitat clarificări în baza prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, cu privire la aspecte legate de garanția de participare.

Totodată, susține că autoritatea contractantă omite că ordinul de plată al poliței de asigurare avea precizat în conținut referiri exprese la Polița de asigurare Serie AX Nr. 113029 din data de 12.12.2022, respectiv: numele plătitorului (...) SRL, numele beneficiarului (...)SA, contul IBAN al beneficiarului, numărul ordinului de plată și data emiterii (4452/12.12.2022) și valoarea primei de asigurare (4.450 lei)

Or, în cadrul poliței de asigurare în discuție, respectiv Polița de asigurare Serie AX Nr 113029, se regăsesc următoarele elemente: aceasta a fost emisă de către (...)SA până în data-limită de depunere a ofertelor, respectiv 12.12.2022, ora 15:00, fiind semnată digital la ora 14:01, asiguratul respectivei polițe este asocierea (...) SRL (Leader) - SC (...), iar beneficiarul este (...), pentru procedura cu anunț de participare nr. CN1084303 din data de 15.10.2022 *Proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul: „Reabilitare și modernizare DJ 300 între centura București și DN 2 (Șindrilița).”* (cu valoare estimată - 74.023.856,06 lei și durată contract - 18 luni), suma asigurată este de 740.238,00 lei, iar perioada de asigurare este de 183 de zile, de la "12.12.2023 - 12.06.2023".

Deci, prin compararea datelor aferente ordinului de plată și a poliței de asigurare rezultă fără putință de tăgadă faptul că toate elementele menționate mai sus sunt susținute în mod neechivoc de sensul și de conținutul informațiilor existente inițial în documentele prezentate.

Astfel, plecând de la scopul solicitării constituirii garanției de participare, respectiv de protecție a autorității contractante, și luând în considerare faptul că legiuitorul, prin prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, incumbă comisiei de evaluare obligația expresă de a clarifica eventuale neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, o solicitare de clarificări, formulată în baza prevederilor legale anterior precizate, i-ar fi dat posibilitatea ca, prin răspunsul la această solicitare, să confirme prin prezentarea Poliței de asigurare Serie AX Nr. 113029 în discuție, că îndeplinește toate condițiile/cerințele cu privire la constituirea garanției de participare (formă, cuantum, valabilitate) prevăzute în documentele achiziției, raportat la data limită de depunere a ofertelor.

Prin urmare, consideră că declararea ofertei sale drept inacceptabilă este rezultatul interpretării eronate de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, pe

fondul unui formalism excesiv al comisiei de evaluare, de natură să încalce principiul proporționalității reglementat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 17491/04.09.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 48421/05.09.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestație prin care solicită respingerea acesteia, cu consecința menținerii ca fiind legale și temeinice a actelor contestate, și continuarea procedurii de achiziție publică, în vederea atingerii necesității a cărei acoperire a justificat demararea procedurii.

Precizează că procedura de atribuire (atât verificarea documentației de atribuire, cât și verificarea procesului de evaluare a ofertelor) a făcut obiectul controlului ex-ante din partea ANAP, fiind obținut aviz conform necondiționat cu privire la derularea procedurii de atribuire (inclusiv în ceea ce privește respingerea ofertei depusă de contestatoare).

Arată că, potrivit documentației de atribuire, cu referire la garanția de participare, la nivelul fișei de date publicate în SEAP, sunt cuprinse la cap. III.1.6.a) Garanție de participare, cerințe pe care le redă.

"Cuantumul garanției de participare este de aproximativ 1% din valoarea estimată a achiziției, respectiv 740.238,00 lei.

Perioada de valabilitate a garanției: 180 de zile de la termenul limită stabilit pentru primirea ofertelor. GP se va constitui în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (2) și (4) din Legea nr. 98/2016. În situația constituirii prin virament bancar, contul autorității contractante este: RO58TREZ4215006XXX000266, deschis la Trezoreria Operativa Ilfov. **Documentul de plată va fi încărcat în SEAP, semnat cu semnătură electronică, până la data limită de depunere a ofertelor.** GP trebuie să prevadă în mod obligatoriu că este irevocabilă și se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a AC, pe baza declarației cu privire la culpa persoanei garantate. **Oferta care nu este însoțită de dovada constituirii GP conf. prevederilor legale, va fi respinsă de către AC la momentul deschiderii Ofertelor.** În cazul participării la procedură cu ofertă comună, GP trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici. Orice prelungire a perioadei de valabilitate a Ofertei solicitată de către AC și acceptată de către Ofertant presupune o prelungire a perioadei de valabilitate a GP. Modalitate de reținere a GP va fi reglementată în cadrul unui capitol distinct al normelor metodologice de aplicare a legii, conform art. 154 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare."

Premergător analizei DUAЕ, autoritatea contractantă trebuia să realizeze/verifice garanțiile de participare care însoțesc ofertele. Ca urmare a acestei prime etape din procesul de evaluare a ofertelor, în ceea ce privește oferta depusă de asocieria (...) SRL - (...)SRL, comisia de evaluare a constatat faptul că aceasta nu este însoțită de prezentarea dovezii constituirii garanției de participare, cum se solicită în mod expres prin documentația de atribuire și cum de altfel impune legislația în domeniul achizițiilor publice, ofertanta încărcând o copie după ordinul de plată nr. 4452/12.12.2022 pentru suma de 4.445 lei către beneficiar ABC (...)SA, fără a reieși informații legate de prezenta procedură de atribuire sau de beneficiarul autoritatea contractantă, motiv pentru care oferta

depusă a fost respinsă ca inacceptabilă conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin comunicarea rezultatului procedurii de atribuire - adresa nr. 15994/17.08.2023 i s-a adus la cunoștință ofertantei respingerea ofertei sale pentru motivul mai sus menționat.

În ceea ce privește critica contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă nu i-a solicitat clarificări, invocând prevederile art. 36 alin. (4) și art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, art. 209 alin. (2) și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și prevederile exprese ale documentației de atribuire - fișa de date, secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare: „(...) **Oferta care nu este însoțită de dovada constituirii GP conf. prevederilor legale, va fi respinsă de către AC la momentul deschiderii ofertelor**”, autoritatea contractantă susține că eventualele clarificări care se pot solicita unui ofertant raportat la garanția de participare, pentru a nu se considera că i se creează un avantaj evident, acestea se pot referi la condiții de formă, quantum și valabilitate și nu pentru lipsa transmiterii instrumentului de garantare în SEAP împreună cu oferta, care reprezintă o condiție ce ține de elaborarea ofertei, cerință care nu este respectată în speța dată.

Astfel, din verificarea documentelor încărcate de contestatoare în SEAP, la momentul deschiderii ofertelor s-a constatat faptul că asocierea (...) SRL - (...)SRL nu a virat în contul de garanție de participare menționat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire suma aferentă garanției de participare și nu a depus în SEAP odată cu oferta documentul care face dovada constituirii garanției de participare, respectiv instrumentul de garantare. Asocierea contestatoare a încărcat în SEAP la nivelul documentelor de calificare o copie după ordinul de plată nr. 4452/12.12.2022 pentru suma de 4.445 lei către beneficiar ABC (...)SA, ordin de plată din care nu reiese legătura cu prezenta procedură, sau cu beneficiarul autoritatea contractantă.

Fiind astfel în situația lipsei dovezii constituirii garanției de participare, autoritatea contractantă a considerat că nu sunt aplicabile prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, ofertanta încălcându-și obligația de a transmite în SEAP instrumentul de garantare împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor, motiv pentru care o eventuală solicitare de clarificări (astfel cum susține contestatoarea) ar fi condus la încălcarea prevederilor legale în domeniu, la încălcarea regulilor documentației de atribuire care și-a consolidat forța obligatorie, și la crearea unui avantaj evident ofertantei.

Subliniază faptul că această interpretare a fost susținută și de observatorii ANAP, în cadrul controlului ex-ante exercitat, aceștia emițând aviz conform necondiționat cu privire la respingerea ofertei contestatoarei.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016 *„riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”*, iar neîncărcarea în SEAP, în termenul legal, a dovezii garanției de participare este culpa exclusivă a contestatoarei, culpă care nu poate fi invocată potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”* (nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă).

Astfel, sancțiunea pentru netransmiterea garanției de participare este respingerea ofertei, ca inacceptabilă, conform art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care prevede că *„în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu este permisă respingerea vreunei oferte, cu excepția celor pentru care nu a fost prezentată dovada constituirii garanției de participare”*.

Cu privire la aspectele semnalate privind ordinul de plată încărcat de contestatoare în SEAP, achizitoarea precizează că acesta nu conținea informații care să facă legătura cu prezenta procedură de atribuire, el putând fi un ordin de plată aferent plătitorului (...) SRL pentru orice poliță de asigurare pe care acesta ar fi putut să o solicite asigurătorului (...) SA în relația cu altă entitatea/autoritate contractantă/privat, neexistând niciun indiciu care să lege ordinul de plată cu prezenta procedură, cum în mod eronat invocă contestatoarea.

Totodată, raportat la susținerile de mai sus menționează că ordinul de plată nu echivalează cu instrumentul de garantare aferent garanției de participare, sancționarea cu respingerea ofertei fiind direct corelată cu lipsa prezentării dovezii constituirii garanției de participare (instrumentului de garantare), iar riscul transmiterii ofertei astfel cum prevede documentația de atribuire cade în sarcina ofertantului.

Astfel, în concluzie, neglijența ofertantei, chiar dacă poate părea minoră, a obligat autoritatea contractantă la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, în caz contrar s-ar fi pus în situația încălcării unei prevederi explicite a propriei documentații.

Drept pentru care, solicită să se constate criticile contestatoarei ca fiind lipsite de obiect.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise de autoritatea contractantă cu adresa nr. 17761/06.09.2023, fiind înregistrate la Consiliu cu nr. 48834/06.09.2023.

Totodată, în data de 20.09.2023, înregistrate la Consiliu cu nr. 51484/20.09.2023, autoritatea contractantă a depus documentele de calificare, inclusiv ordinul de plată nr. 4452/12.12.2022, prezentate de asocierea contestatoare.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, (...) a inițiat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect *Proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul: „Reabilitare și*

modernizare DJ 300 între centura București și DN 2 (Șindrilița)”, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1048303/15.10.2022.

Din informațiile anunțului de participare amintit, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări (proiectare și execuție) este de 74.023.856,06 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate – preț*, iar data limită pentru depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 12.12.2022, ora 15:00.

Nemulțumită de faptul că oferta sa a fost respinsă, asocierea (...) SRL - (...)SRL, prin liderul de asociere (...) SRL, a formulat contestația de față, solicitând anularea adresei de comunicare a rezultatului nr. 1594/17.08.2023 și a raportului procedurii nr. 15765/11.08.2023, în partea care vizează oferta sa, obligarea autorității contractante la aplicarea prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, precum și continuarea procedurii de atribuire cu stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea corectă a criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire.

În conformitate cu prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, (...) SRL a făcut dovada constituirii cauțiunii în valoare de 1.480.480,00 lei, conform recipisei de consemnare nr. 209461393/1, eliberată de CEC BANK - Sucursala Slobozia, la data de 01.09.2023.

În ceea ce privește critica contestatoarei formulată împotriva respingerii ofertei depuse, se reține că, prin adresa nr. 15994/17.08.2023, care reprezintă comunicarea rezultatului procedurii, s-au indicat asocierii ofertante motivele care au condus la această finalitate: «... oferta dumneavoastră **a fost respinsă ca fiind inacceptabilă**.

Motivul care a stat la baza deciziei este următorul: Comisia de evaluare a constatat că **nu ați prezentat dovada constituirii garanției de participare**.

La analiza situației s-au avut în vedere următoarele:

1. Secțiunea din fișa de date a achiziției, III.1.6.a) Garanție de participare: „Cuantumul garanției de participare este de aproximativ 1% din valoarea estimată a achiziției, respectiv 740.238,00 lei. Perioada de valabilitate a garanției: 180 de zile de la termenul limită stabilit pentru primirea ofertelor. GP se va constitui în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (2) și (4) din Legea nr. 98/2016. În situația constituirii prin virament bancar, contul autorității contractante este: RO58TREZ4215006XXX000266, deschis la Trez. Op. Ilfov. Doc. de plată va fi încărcat în SEAP, semnat cu semnătură electronică, până la data limită de depunere a ofertelor. GP trebuie să prevadă în mod obligatoriu că este irevocabilă și se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a AC, pe baza declarației cu privire la culpa persoanei garantate. Oferta care nu este însoțită de dovada constituirii GP conf. prevederilor legale, va fi respinsă de către AC la momentul deschiderii Ofertelor. În cazul participării la procedură cu ofertă comună, GP trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici. Orice prelungire a perioadei de

valabilitate a Ofertei solicitată de către AC și acceptată de către Ofertant presupune o prelungire a perioadei de valabilitate a GP. Modalitate de reținere a GP va fi reglementată în cadrul unui capitol distinct al normelor metodologice de aplicare a legii, conform art. 154 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare."

2. Prevederile art. 36 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016: (4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

3. Prevederile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016: (3) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

4. Prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

5. Prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: (4) Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată.

6. Prevederile art. 46 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016: (3) În cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu este permisă respingerea vreunei oferte, cu excepția celor pentru care nu a fost prezentată dovada constituirii garanției de participare.

Față de cele prezentate mai sus, comisia de evaluare a considerat că nu se impune solicitare de clarificări având în vedere că **deficiența constată nu a fost de forma ci de fond**, astfel nefiind complinite prevederile art. 132 din H.G. nr. 395/2016, respectiv: (3) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Ca urmare, oferta dumneavoastră fost respinsă ca **inacceptabilă**, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, întrucât cu privire la modalitatea de transmitere a instrumentului de garantare, singura condiție pusă de legiuitor este ca acesta să fie transmis în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, obligație pe care nu ați respectat-o.»

Prin contestație, autoarea acesteia a susținut că "... **autoritatea contractantă omite că ordinul de plată al poliței de asigurare avea precizat în conținut referiri exprese** la Polița de asigurare Serie AX Nr 113029 din data de 12.12.2022, respectiv: numele plătitorului (...) S.R.L., numele beneficiarului (...)SA, contul IBAN al beneficiarului, numărul ordinului de plată și data emiterii (4452/12.12.2022) și valoarea primei de asigurare (4.450 lei).

Or, în cadrul poliței de asigurare în discuție, respectiv **Polița de asigurare Serie AX Nr 113029**, atașată prezentei, se regăsesc următoarele elemente: aceasta a fost emisă de către (...)SA **până în data-limită de depunere a ofertelor**, respectiv 12.12.2022, ora 15:00, **fiind semnată digital la ora 14:01**, asiguratul respectivei polițe este **asocierea (...) S.R.L (Leader) - S.C. (...)iar beneficiarul este (...)**, pentru procedura cu anunț de participare nr. CN1084303 din data de 15.10.2022, „Proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul: „Reabilitare și modernizare DJ 300 între centura București și DN 2 (Șindrilița).” (cu valoare estimată - 74.023.856,06 lei și durată contract - 18 de luni), **suma asigurată este de 740.238500 lei**, iar **perioada de asigurare este de 183 de zile**, de la **12.12.2023 -12.06.2023**.

Deci, prin compararea datelor aferente ordinului de plată și a poliței de asigurare rezultă fără putință de tăgadă faptul că **toate elementele menționate mai sus sunt susținute în mod neechivoc de sensul și de conținutul informațiilor existente inițial în documentele prezentate.**

Astfel, plecând de la scopul solicitării constituirii garanției de participare, respectiv de protecție a autorității contractante, și luând în considerare faptul că legiuitorul, prin prevederile **art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016**, incumbă comisiei de evaluare obligația expresă **de a clarifica eventuale neconcordanțe** referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, vă solicităm să constăți că **o solicitare de clarificări**, formulată în baza prevederilor legale anterior precizate, ar fi dat posibilitatea subscrisei ca, prin răspunsul la această solicitare, să confirmăm **prin prezentarea Poliței de asigurare Serie AX Nr 113029** în discuție, că îndeplinim toate condițiile/cerințele cu privire la constituirea garanției de participare (formă cuantum, valabilitate) prevăzute în documentele achiziției, raportat la data limită de depunere a ofertelor în această situație, este lesne de observat faptul că subscrisa am fi putut demonstra că îndeplinim condițiile/cerințele din cadrul documentației de atribuire, referitoare la garanția de participare iar scopul pentru care a fost solicitată garanția de participare, respectiv acela de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui comportament necorespunzător al subscrisei pe toată perioada implicării în procedura de atribuire (art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016) ar fi fost atins.”

Prin fișa de date, la cap. III.1.6.a) Garanție de participare, s-au precizat următoarele: „Cuantumul garanției de participare este de aproximativ 1% din valoarea estimată a achiziției, respectiv 740.238,00 lei. Perioada de valabilitate a garanției: 180 de zile de la termenul limita stabilit pentru primirea ofertelor. **GP se va constitui în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (2) și (4) din Legea nr. 98/2016.** În situația constituirii prin virament bancar, contul autorității contractante este: RO58TREZ4215006XXX000266, deschis la Trez. Op. Ilfov. Doc. de plată va fi încărcat în SEAP, semnat cu semnătură electronică, până la data limită de depunere a ofertelor. GP trebuie să prevadă în mod obligatoriu că este irevocabilă și se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a AC, pe baza declarației cu privire la culpa persoanei garantate. **Oferta care nu este însoțită de dovada constituirii GP conf. prevederilor legale, va fi respinsă de către AC la momentul deschiderii Ofertelor.** In cazul participării la procedură cu ofertă comună, GP trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod

solidar toți membrii grupului de operatori economici. Orice prelungire a perioadei de valabilitate a Ofertei solicitată de către AC și acceptată de către Ofertant presupune o prelungire a perioadei de valabilitate a GP. Modalitate de reținere a GP va fi reglementată în cadrul unui capitol distinct al normelor metodologice de aplicare a legii, conform art. 154 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare.”

Raportat la cele reținute, sunt considerate incidente următoarele prevederi legale:

– art. 154 alin. (2) și (4) lit. a), b) și c) din Legea nr. 98/2016: (2) **Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare** a cărei perioadă de valabilitate este cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei. **Valoarea garanției de participare nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică** sau, în cazul acordului-cadru, din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent. (...) (4) **Garanția de participare** sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și **se constituie prin:**

a) virament bancar;

b) **instrumente de garantare emise în condițiile legii astfel:**

(i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat;

(ii) scrisori de garanție emise de instituții financiare nebankare din România sau din alt stat pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei fără TVA și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA;

(iii) **asigurări de garanții emise:**

- fie **de societăți de asigurare** care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie **de societăți de asigurare** din state terțe prin sucursale autorizate în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară;

c) depunerea la casierie a unor sume în numerar dacă valoarea este mai mică de 5.000 lei;

- art. 209 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: (1) **În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente**, autoritatea contractantă **are dreptul** de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

- art. 132 alin. (3) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016: (3) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, **comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia**, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Din documentele aflate la dosarul cauzei, se constată că asocierea (...) SRL - (...)SRL a depus până la data limită de depunere a ofertelor, ordinul de plată nr. 4452, având înscrise printre informații următoarele:

- Plătitor ... (...) SRL;
- Beneficiar ... (...) SA;
- Suma ... 4.445 RON;
- Detalii plată ... DECONT ...
- Data plății ... 12.12.2022;
- Data debitării ... 12.12.2022.

În aceste condiții, constatând că asocierea (...) SRL - (...)SRL a depus ordinul de plată nr. 4452 din data de 12.12.2022, pentru beneficiar (...) SA, Consiliul consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a solicita acestei ofertante clarificări în referire la ordinul de plată amintit, potrivit prevederilor art. 132 alin. (3) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

O astfel de solicitare de clarificări se impunea cu atât mai mult cu cât data de emitere a ordinului de plată 12.12.2022 era și data de depunere a ofertelor, plătitorul era (...) SRL, lider al asocierii (...) SRL - (...)SRL, participantă cu ofertă în procedura de atribuire din cauza analizată, iar beneficiarul era o societate de asigurări (...) SA.

Contrar celor susținute de contestatoare, din cuprinsul ordinului de plată nr. 4452/12.12.2022 nu rezultă că este emis pentru o poliță de asigurare încheiată în susținerea cerinței privind constituirea garanției de participare.

Cu toate acestea, în condițiile în care legislația în materia achizițiilor publice, respectiv art. 132 alin. (3) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, impune obligația de a se solicita clarificări **referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia**, trebuia ca autoritatea contractantă să procedeze în consecință la evaluarea ofertei depuse de asocierea (...) SRL - (...)SRL.

Interesul autorității contractante este acela de a avea cât mai multe oferte din care să aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, în considerarea prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv **Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.**

Totodată, respingerea ofertei depuse de contestatoare fără solicitarea de clarificări conform prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, constituie o încălcare a principiului proporționalității, reglementat la art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care scopul autorității contractante este de a menține în competiție cât mai mulți potențiali contractanți, asigurând în acest fel, după cum a fost

precizat anterior, premisele unei concurențe reale și loiale, precum și efectuarea de achiziții în condiții de eficiență economică și socială.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă, solicitarea de clarificări asocierii ofertante nu i-ar fi creat acesteia nici un avantaj în detrimentul celorlalți ofertanți câtă vreme exista impusă de legislația în materie o astfel de obligație și, mai mult, asocierea ofertantă a depus ordinul de plată nr. 4452/12.12.2022, odată cu oferta, până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor.

Este de reținut și că, atașat contestației, asocierea contestatoare a prezentat Polița de asigurare seria AX nr. 113029 din data de 12.12.2022, emisă până la data limită de depunere a ofertelor, fiind semnată digital la ora 14:01, din cuprinsul căreia s-a reținut că beneficiarul acestei polițe este JUDEȚUL ILFOV – CONSILIUL JUDEȚEAN, perioada de asigurare este de 183 de zile, din 12.12.2022 până la 12.06.2023, suma asigurată este de 740.238,00 lei, iar prima de asigurare este de 4.445,00 lei și a fost încasată integral cu OP nr. 4452/12.12.2022.

Pentru aceste motive, se consideră întemeiată critica contestatoarei formulată împotriva respingerii ofertei depuse pentru neprezentarea dovezii privind constituirea garanției de participare.

În același sens s-a pronunțat Consiliul și prin decizia nr. 1525/C3/1578/04.07.2023, rămasă definitivă, nefiind atacată cu plângere:

«... După cum se poate observa, spre deosebire de prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care reglementează, ca regulă, **un drept al autorității contractante de a solicita clarificări** și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia, inclusiv în situația în care **lipsesc anumite documente**, în cazul particular al garanției de participare, este reglementată fără echivoc **obligația, în sarcina comisiei de evaluare**, a solicitării de clarificări privind eventualele **neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă** ale garanției de participare, **precum și la cuantumul sau valabilitatea** acesteia.

După cum se poate observa la o simplă analiză a prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, din formularea acestor prevederi rezultă inclusiv posibilitatea ca eventualele neconcordanțe să coexiste în același timp, putând fi vorba, simultan, de **neconcordanțe referitoare** atât la **îndeplinirea condițiilor de formă** ale garanției de participare, **cât și referitoare la cuantumul sau valabilitatea** acesteia, acest lucru însemnând chiar absența, în primă fază, la momentul transmiterii în SEAP a ofertei, a dovezii constituirii garanției de participare, fără a se putea susține că această absență confirmă cu certitudine că respectiva garanție nu a fost de fapt constituită.

Consiliul subliniază că respingerea unei oferte, fără a solicita clarificări privind eventualele neconcordanțe referitoare la garanția de participare, în condițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, este contrară scopului prevăzut la art. 1 alin. (2) din HG nr. 395/2016, respectiv „(2) *Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, **autoritatea contractantă are obligația de a***

lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.”

Interesul autorității contractante fiind acela de a avea cât mai multe oferte din care să aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, în considerarea prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv „(1) Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza **achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.**”

Totodată, nerespectarea prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, constituie, în același timp, o încălcare a principiului proporționalității, reglementat la art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, întrucât interesul sau scopul autorității contractante nu trebuie concentrat înspre inventarea, cu orice preț, de pretexte de respingere a ofertelor, ci dimpotrivă, de a atrage și menține în competiție cât mai mulți potențiali contractanți, asigurând în acest fel, după cum a fost precizat anterior, premisele unei concurențe reale și loiale, precum și efectuarea de achiziții în condiții de eficiență economică și socială.

Astfel, în soluționarea prezentei contestații, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări contestatorului, în baza prevederilor exprese ale art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, cu privire la aspecte legate de garanția de participare, întrucât, conform susținerilor acestei autorități, din punctul de vedere transmis,

„(...) ordinul de plată depus de (...) SRL nu reprezintă un virament bancar ca și modalitate de constituire a garanției de participare, în conformitate cu prevederile art. 154 alin (4) din Legea 98/2016, deoarece ordinul de plată nu este emis în favoarea autorității contractante.

Prevederile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 nu sunt aplicabile deoarece (...) SRL nu a depus deloc garanția de participare, prin urmare nu poate fi vorba de o neconcordanță de formă, quantum sau valabilitate, și care ar putea fi remediate, de exemplu, prin emiterea de acte adiționale, ci una de fond. constând în depunerea unui alt document.

În cazul în care comisia de evaluare i-ar fi solicitat ofertantului clarificări, i-ar fi dat acestuia șansa să depună din nou un document solicitat prin documentația de atribuire, document pe care (...) SRL avea obligația să-l depună de la început, situație care ar fi favorizat operatorul economic, fiind încălcate principiile tratamentului egal, transparenței și nediscriminării prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016.”

Consiliul reține că, prin aceste susțineri, autoritatea contractantă **omite**, pe lângă considerațiile de mai sus, referitoare la respectarea prevederilor legale anterior precizate, și faptul **că ordinul de plată a poliței de asigurare ... avea precizat în conținut referiri exprese** la Polița de asigurare **Serie AX nr. 115979** din data de 20.03.2023, la numele plătitorului **(...) SRL** și la numele beneficiarului **ABC (...)SA**.

Or, polița de asigurare în discuție este un instrument de garantare astfel cum este acesta reglementat expres de prevederile art. 154 alin. (4) lit. b) pct. (iii) din Legea nr. 98/2016.

Analizând conținutul Poliței de asigurare **Serie AX nr. 115979** din data de 20.03.2023 (*vol. 1/5 al dosarului cauzei*), Consiliul reține, pe lângă faptul că a fost emisă de către **ABC (...)SA**, până în data-limită de depunere a ofertelor, respectiv 20.03.2023, ora 15:00, fiind semnată digital la ora 11:42, că **asiguratul respectivei polițe este (...) SRL** iar **beneficiarul este UM 0251 București – IGJR**, pentru procedura cu anunț de participare nr. **CN1052101/17.02.2023, Lot 3 – Costum izoterm** (*cu valoare estimată – 1.425.000,00 lei și durată contract- 24 de luni*), suma asigurată fiind de **4.275,00 lei**, iar perioada de asigurare fiind de **95 de zile, de la 22.03.2023 – 22.06.2023**.

Astfel, plecând de la scopul solicitării constituirii garanției de participare, respectiv de protecție a autorității contractante, și luând în considerare faptul că legiuitorul, prin prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, incumbă comisiei de evaluare obligația expresă de a clarifica eventuale neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia, Consiliul subliniază faptul că o solicitare de clarificări, formulată în baza prevederilor legale anterior precizate, ar fi dat posibilitatea contestatorului ca, prin răspunsul la această solicitare, să confirme, prin prezentarea Poliței de asigurare **Serie AX nr. 115979** în discuție, că îndeplinește toate condițiile/cerințele cu privire la constituirea garanției de participare (*formă quantum, valabilitate*) prevăzute în documentele achiziției, raportat la data limită de depunere a ofertelor.

În această situație, în care contestatorul ar fi dovedit că a îndeplinit condițiile/cerințele din documentația de atribuire, referitoare la garanția de participare, Consiliul subliniază că scopul pentru care a fost solicitată garanția de participare, respectiv acela de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui comportament necorespunzător al contestatorului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire (*art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016*), ar fi fost atins și, prin urmare, nu ar fi devenit incidentă declararea ofertei acestuia, depusă pentru Lotul 3, ca fiind inacceptabilă, potrivit prevederilor în materie.

Astfel, Consiliul nu poate reține ca întemeiat motivul de respingere a ofertei contestatorului ca fiind inacceptabilă, având în vedere cele menționate mai sus, declararea ofertei contestatorului ca inacceptabilă neîndeplinind rigorile prevederilor legale anterior menționate, fiind doar rezultatul interpretării eronate de către autoritatea contractantă a prevederilor legale exprese, reglementate de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, pe fondul unui formalism excesiv al comisiei de evaluare, de natură să încalce principiul proporționalității reglementat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, raportat la toate considerațiile anterioare, Consiliul va admite criticile contestatorului (...) SRL, formulate cu privire la respingerea ca inacceptabilă a propriei oferte.»

În considerarea celor constatate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația depusă de asocieria (...) SRL - (...)SRL, prin liderul de asociere (...) SRL, în contradictoriu cu JUDEȚUL ILFOV – CONSILIUL JUDEȚEAN ILFOV și va anula în parte raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente, în ceea ce privește oferta asocieria (...)

SRL - (...)SRL și ofertele declarate admisibile. Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de asocierea (...) SRL - (...)SRL, de la etapa de verificare a garanției de participare aferente, în termen de cel mult 15 zile de la data primirii prezentei, cu întocmirea unui nou raport al procedurii, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite operatorilor economici implicați cu respectarea termenului legal prevăzut.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de asocierea (...) SRL - (...)SRL, prin liderul de asociere (...) SRL, cu sediul în Slobozia, str. Brăilei nr. 1, județul Ialomița, în contradictoriu cu (...), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în București, str. Ernest Juvara nr. 3-5, sector 6.

Anulează în parte raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente, în ceea ce privește oferta asocierii (...) SRL - (...)SRL și ofertele declarate admisibile. Obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de asocierea (...) SRL - (...)SRL, de la etapa de verificare a garanției de participare aferente, în termen de cel mult 15 zile de la data primirii prezentei, cu întocmirea unui nou raport al procedurii, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite operatorilor economici implicați cu respectarea termenului legal prevăzut.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

Redactat în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.