



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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.1073/C3/1074

Data: 26.06.2020

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21932/04.06.2020, înaintată de SRL, cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr. J12/4642/2008, având CUI, reprezentată legal prin administrator, formulată în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziționare echipamente IT”, de, cu sediul în, str. Ștefan cel Mare și Sfânt, nr. 11, județul, inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1063444, publicat în SEAP la 20.02.2020, a solicitat

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

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21932/04.06.2020, ... SRL, atacă, în parte, Raportul procedurii nr. 4841/25.05.2020, în partea ce privește reținerea garanției de participare.

În fapt, contestatoarea precizează că nu a fost în măsură să prezinte documentele solicitate de către autoritatea contractantă, prin adresa nr. 39228/15.04.2020, până la data de 27.04.2020, dar a înțeles s-o informeze, în scris, prin adresa nr. 85/27.04.2020 (comunicată autorității contractante prin e-mail), că nu poate pune la dispoziția autorității

documentele solicitate deoarece a întâmpinat anumite probleme cu furnizorul extern care, raportat la creșterea costurilor, în perioada pandemiei COVID – 19, nu-și mai menține prețurile ofertate.

În opinia contestatoarei, decizia autorității contractante de a-i reține garanția de participare, este nelegală și netemeinică, iar motivarea în drept, a acestei măsuri este susținută de două articole de lege, care nu pot fi coroborate, ci, se exclud.

Contestatoarea specifică că art. 134 alin. (5) și art. 37 alin. (1) din HG nr. 395/2016 se exclud pentru că fac referire la două ipoteze diferite, care nu pot fi incidente, concomitent, în cadrul procedurii de achiziție publică.

Câtă vreme autoritatea contractantă a declarat o ofertă ca inacceptabilă, de la acel moment aceasta este una lipsită de efect, golită de conținut și desuetă, iar ofertantul nu mai are ce ofertă să retragă.

Opinia contestatoarei este că declararea unei oferte, ca inacceptabilă, în cadrul unei proceduri, echivalează cu respingerea acesteia, astfel încât, la acel moment, inclusiv valabilitatea și existența ofertei încetează.

Raportat la prevederile art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016, contestatoarea apreciază că scopul acestei norme legale a fost să oblige ofertanții să mențină ofertele până la momentul semnării contractului de achiziție (dacă ajung în această fază) sau până la momentul declarării ofertei ca inacceptabilă ori respingerii ei pentru orice alt motiv. O interpretare contrară ar fi lipsită de sens pentru că, în opinia contestatoarei, nu are nicio logică să se aprecieze că ofertantul are obligația de a menține oferta dincolo de momentul respingerii ei, ca inacceptabilă.

În ceea ce privește conținutul adresei nr. 85/27.04.2020, contestatoarea precizează că aceasta nu reprezintă o retragere expresă a ofertei înaintate autorității contractante, ci a avut scopul de informare asupra motivului pentru care nu a putut oferi răspunsul solicitat, prin adresa nr. 39228/14.04.2020, și de a arăta că nu există înțelegeri „oculte” cu ceilalți participanți.

În altă ordine de idei, contestatoarea apreciază că această adresă comunicată autorității contractante, prin e-mail, nu poate fi luată în considerare fiind o comunicare efectuată în cadrul procedurii, motivat de faptul că nu a fost încărcată sau comunicată prin SEAP.

Invocând art. 52 alin. (2) din HG nr. 395/2016, contestatoarea specifică că, doar în cazul în care autoritatea contractantă nu utilizează comunicările de la alin. (1) (inclusiv aplicația SEAP), se poate utiliza alternativa de comunicare e-mail sau fax.

În această situație, în opinia contestatoarei, e-mailul care conține adresa nr. 85/27.04.2020 nu poate fi considerat o retragere a ofertei, comunicată conform regulilor procedurii și nici nu a avut acest scop.

În drept, contestația este întemeiată pe dispozițiile art. 8 alin. (2) lit. b, ale art. 16, ale art. 24 și ale art. 26 alin. (1) lit. a) și b din Legea nr. 101/2016, ale HG nr. 395/2016 și ale Legii nr. 98/2016.

În probatoriu, contestatoarea înțelege să se folosească de proba cu înscrisuri.

În replică, cu adresa nr. 55161/10.06.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 22703/10.06.2020, autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei punctul de vedere cu privire la contestația formulată de către SRL, prin care solicită respingerea contestației, ca inadmisibilă, respectiv ca nefondată.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației deoarece contestatoarea nu a făcut dovada constituirii cauțiunii, astfel cum prevede art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În subsidiar, autoritatea contractantă precizează că, în cazul în care va fi respinsă excepția inadmisibilității, solicită Consiliului să constate că derularea procedurii de achiziție s-a realizat cu deplina respectare a prevederilor legale, ținându-se cont de toate principiile Legii nr. 98/2016 și să respingă contestația promovată de către SRL ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă arată că a solicitat contestatoarei, cu adresa nr. 39228/15.04.2020, să depună în SEAP, documentele suport care dovedesc îndeplinirea celor declarate în DUAЕ, până la data de 27.04.2020.

Totodată, precizează că a solicitat, prin fișa de date și prin formularul de ofertă, ca ofertele să fie menținute pe o perioadă minimă de 4 luni de la data limită de depunere a ofertelor, respectiv până la data de 16.07.2020, iar contestatoarea s-a angajat să mențină oferta valabilă până la data solicitată prin formularul de ofertă prezentat. Cu toate acestea, ... SRL a transmis prin e-mail, adresa nr. 85/27.04.2020 (înregistrată la autoritate sub nr. 41024/27.04.2020) prin care a comunicat că "nu mai poate onora livrarea la prețurile ofertate în licitație pentru că producătorul nu a mai putut susține prețurile ofertate până la data semnării contractului".

În opinia autorității contractante, având în vedere situația prezentată, contestatoarea a încălcat atât prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cât și prevederile art. 37 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

Față de susținerea contestatoarei, potrivit căreia art. 134 alin. (5) și art. 37 alin. (1) din HG nr. 395/2016 se exclud pentru că fac referire la două ipoteze diferite, care nu pot fi incidente concomitent în cadrul procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă precizează că cele două prevederi legale nu se exclud reciproc, autoritatea având obligația

de a constata fiecare neregulă care intervine în procesul de achiziție și de a aplica prevederile legale pentru fiecare abatere constatată.

Constatând încălcarea prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare a declarat oferta contestatoarei ca fiind inadmisibilă.

Ținând cont de faptul că SRL nu și-a respectat obligația de a menține oferta valabilă până la data de 16.07.2020, autoritatea contractantă a sancționat această atitudine a contestatoarei cu reținerea garanției de participare, sancțiune prevăzută, în mod imperativ, prin dispozițiile art. 37 alin. (1) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În drept, punctul de vedere al autorității contractante este întemeiat pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 101/2016 și HG nr. 395/2016.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziționare echipamente IT”, cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1063444, publicat în SEAP la 20.02.2020.

Nemulțumită de decizia autorității contractante de a-i reține garanția de participare, cu titlu de sancțiune pentru nerespectarea termenului de menținere a ofertei, pe o perioadă de minimă de 4 luni, respectiv până la data de 16.07.2020, ... SRL a promovat contestația de față, solicitând anularea parțială a Raportului procedurii nr. 4841/ 25.05.2020, în partea privind reținerea garanției de participare, precum și obligarea autorității contractante la restituirea acesteia.

Preliminar, analizând cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, pentru neconstituirea cauțiunii, Consiliul constată netemeinicia acesteia. În aprecierea acestei finalități, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206314987/1, în valoare de 10.383 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 10.06.2020.

Analizând prezenta contestație, Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la reținerea, de către autoritatea contractantă, a garanției de participare constituită de contestatoare.

Consiliul ia act de faptul că între autoritatea contractantă și contestatoare, conform susținerilor părților, a existat următoarea corespondență: prin adresa nr. „39228”/15.04.2020, postată în SEAP, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei următoarele: „(...) oferta dvs. se situează în clasamentul intermediar pe primul loc, motiv pentru care vă solicităm să depuneți în SICAP, semnate cu semnătură electronică extinsă, documente justificative valabile la data prezentării care dovedesc îndeplinirea celor declarate în DUAE. Termen de

transmitere a documentelor solicitate: 27.04.2020”, în sprijinul informațiilor declarate în DUAЕ.

Până la termenul limită stabilit, Consiliul constată că SC SRL nu a încărcat, în SEAP, documentele de calificare indicate în DUAЕ și solicitate, în mod expres, de autoritatea contractantă.

Din cele prezentate mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă s-a aflat în situația de a nu fi intrat în posesia unui răspuns la solicitarea sa de clarificări, situație expres reglementată de prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”, urmând să facă aplicarea art. 66 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „În situația în care în urma demersurilor realizate de autoritatea contractantă în baza art. 196 alin. (2) din Lege ofertantul clasat pe primul loc nu demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe locul următor să depună toate documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare”.

Prin adresa nr. 85/27.04.2020, contestatoarea a comunicat, prin email, nu în SEAP, autorității contractante, următoarele: „(...) vă aducem la cunoștință că nu mai putem onora livrarea echipamentelor la prețurile ofertate în licitație pentru că producătorul nu a mai putut susține prețurile ofertate până la data semnării contractului. Acesta este un producător extern nou cu care am început colaborarea recent și pe care nu am reușit să-l conving de importanța susținerii ofertei inițiale primite în urmă cu o lună. Vă asigurăm că am depus toate eforturile necesare onorării acestui contract, dar ne-am văzut obligați să renunțăm. Prin urmare, ne cerem scuze pentru inconvenientele cauzate și sperăm într-o colaborare viitoare”.

Față de aceste aspecte, întrucât SC SRL nu a încărcat în SEAP documentele de calificare indicate în DUAЕ și solicitate, în mod expres, de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că, în mod corect, autoritatea contractantă i-a respins, ca inacceptabilă, oferta, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016: „(...) ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările (...)”.

Cât privește sancțiunea reținerii garanției de participare, aplicată contestatoarei, de către autoritatea contractantă, având în vedere cele anterior constatate, Consiliul reține că nu a fost întrunită niciuna din condițiile de la art. 37 alin. (1) din HG 395/2016: „Autoritatea

contractantă are obligația de a reține garanția de participare atunci când ofertantul se află în oricare dintre următoarele situații: a) își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia; b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, nu constituie garanția de bună execuție; c) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei”.

Pe cale de consecință, Consiliul stabilește că, nefiind întrunite condițiile art. 37 alin. (1) din HG nr. 395/2016, invocate de autoritatea contractantă, în mod nelegal, s-a decis, pe lângă respingerea ofertei, ca inacceptabilă, și reținerea garanției de participare.

Interpretarea autorității contractante, potrivit căreia lipsa de răspuns la solicitarea de clarificări (neprezentarea documentelor) precum și faptul că „(...) nu mai poate onora livrarea (...)”, echivalează cu o retragere a ofertei, în încercarea de a reține garanția de participare, nu poate fi acceptată de Consiliu, deoarece nu se respectă dispozițiile legale mai sus amintite.

În acest scop, Consiliul precizează că respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei nu se poate circumscrie, în mod automat, dispozițiilor art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire”.

Cât privește cererea contestatoarei de restituire a garanției de participare, Consiliul o va admite. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere, pe de o parte, admiterea contestației și anularea raportului procedurii nr. 4841/25.05.2020 și a adresei de comunicare nr. 48427/25.05.2020, în partea ce privește reținerea garanției de participare, iar, pe de altă parte, dispozițiile art. 38 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „(5) După primirea comunicării prevăzute la art. 215 din Lege, ofertanții ale căror oferte au fost declarate necâștigătoare au dreptul de a obține eliberarea garanției de participare înainte de expirarea perioadei prevăzute la alin. (3), dacă transmit autorității contractante o solicitare în acest sens. Autoritatea contractantă are obligația de a restitui garanția de participare în cel mult 3 zile lucrătoare de la primirea unei solicitări în acest sens”.

Luând în considerare aspectele prezentate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SRL, în contradictoriu cu și va anula raportul procedurii nr. 4841/25.05.2020 și adresa de comunicare nr. 48427/25.05.2020, în partea ce privește reținerea garanției de participare. Va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii și restituirea garanției de participare către contestatoare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

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

Respinge, ca nefondată, excepția inadmisibilității, invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestația SRL, în contradictoriu cu și anulează raportul procedurii nr. 4841/25.05.2020 și adresa de comunicare nr. 48427/25.05.2020, în partea ce privește reținerea garanției de participare. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii și restituirea garanției de participare către contestatoare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.