CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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 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 adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30401/25.07....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată convențional prin avocat ....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., formulată împotriva actului administrativ nr. 2409/18.07....., emis de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „.....”, cu anunț de participare simplificat nr. ..... publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului:

- „anularea actului administrativ contestat;
- constatarea că societatea noastră nu se află în niciun caz de excludere care se putea aplica pe perioada procedurii de atribuire;
- menținerea contractului de atribuire încheiat cu societatea noastră nr. 2309/11.07..... (1302/12.07.....);
- în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, să dispuneți suspendarea procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației”.

Cauza, prin soluționarea conflictului negativ de competență de către CURTEA DE APEL ....., a fost înregistrată pe rolul CNSC la data de ..... sub nr. ....., primind număr de dosar ...../.....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația depusă, SC ..... SRL, în calitate de câștigător al procedurii mai sus amintite, organizate de ....., arată că, prin adresa nr. 2409/18.07....., i s-a adus la cunoștință că societatea a fost exclusă din procedura de atribuire în discuție, având în vedere faptul că extrasul de plată prin Internet Banking nu face dovada plății garanției de participare, deoarece, la momentul deschiderii ofertelor, nu exista disponibil bănesc în contul societății.

Contestatoarea reclamă conduita autorității contractante de excludere din procedura de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, precizând că excluderea unui operator economic nu mai poate opera după finalizarea procedurii, respectiv a încheierii contractului nr. 2309/11.07.....

Văzând că actul atacat a fost emis ulterior atribuirii și încheierii contractului ce face obiectul prezentei proceduri, prin adresele nr. 30577 și 30599/..... ...../26.07....., Consiliul a solicitat părților, opinia referitoare la competența materială a Consiliului în soluționarea contestației, având în vedere dispozițiile coroborate ale art. 12 alin. (1) și art. 53 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 30811/27.07....., SC ..... SRL precizează că, prin prisma dispozițiilor art. 2, art. 4, art. 8 și art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, competența soluționării contestației sale revine Consiliului. Totodată, raportat la dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea arată că CNSC poate invoca excepția de necompetență materială, putând să dispună transmiterea cauzei de îndată la instanța de judecată competentă.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 30836/27.07....., autoritatea contractantă precizează că CNSC este autoritatea competentă să soluționeze contestația formulată de SC ..... SRL.

Ulterior, prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 31409/01.08....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia cu consecința menținerii rezultatului procedurii de atribuire în discuție.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în cadrul documentelor de calificare, contestatoarea a depus Ordinul de Plată nr. 150/21.05....., , în sumă de 2882 lei, tranzacția fiind efectuată prin intermediul Internet Banking, cu titlu de garanție de participare în cadrul procedurii.

Ulterior, ca urmare a verificării contului de garanții al instituției sale, în vederea pregătirii restituirii garanțiilor de participare către ofertanți, conform dispozițiilor art. 38 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a constatat faptul că garanția de participare presupus a fi

constituită de contestatoare cu OP nr. 150/21.05....., nu apare ca fiind virată în contul de garanții al instituției.

Având în vedere acest viciu al constituirii garanției de participare, concretizat într-o eroare pe parcursul procedurii de atribuire, în baza dispozițiilor art. 35 și art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a fost obligată să anuleze în parte procedura de atribuire, fiind în imposibilitate de a adopta alte măsuri corective fără să dea naștere unor încălcări ale principiilor directoare în domeniul achizițiilor publice, respectiv: nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii.

Astfel, ulterior constatării erorii intervenite pe parcursul procedurii şi anulării în parte a acesteia, procedând la reevaluarea ofertelor, în baza dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a decis excluderea din procedura de atribuire a ofertantului ..... SRL, având în vedere că acesta nu a constituit în mod legal garanția de participare.

Cu privire la OP nr. 265/16.07....., menționat de contestatoare, autoritatea contractantă arată că nu a luat la cunoștință de existența acestui ordin de plată, acesta nefiindu-i comunicat în timp util. Astfel, la data de 19.07....., cu ocazia editării unui extras de cont, autoritatea contractantă a luat la cunoștință de această plată efectuată.

În acest context, apreciază autoritatea contractantă, Contractul de furnizare nr. 2309/11.07....., transmis contestatoarei spre semnare, a fost lovit de nulitate şi nu a produs efecte.

Raportat la petitul nr. 3 al contestației, de menținere a contractului de atribuire, autoritatea contractantă solicită respingerea acestuia, având în vedere că respectivul contract nu a fost valabil încheiat.

Având în vedere toate aspectele anterior menționate, autoritatea contractantă consideră că a adoptat soluția corectă şi legală, anulând în parte procedura de atribuire şi procedând la excluderea societății ..... SRL, neavând posibilitatea de a adopta alte măsuri corective.

Prin Decizia CNSC nr. ..../...../..... din 02.08....., Consiliul și-a declinat competenţa de soluţionare a contestaţiei formulate de SC ..... SRL, către Tribunalul ....., Secţia Contencios Administrativ și Fiscal.

De asemenea, prin Sentința civilă nr. 2446 din data de 10.09....., Tribunalul ....., Secţia Contencios Administrativ și Fiscal a declinat competența către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și, constatând că în cauză a intervenint un conflict negativ de competență, a trimis dosarul către Curtea de Apel ....., instanța competentă să soluționeze conflictul.

Prin Sentința nr. ..../25.09....., Curtea de Apel ..... a stabilit competența de soluționare a contestației formulate de SC ..... SRL în

contradictoriu cu ....., în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

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

Pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „.....”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... publicat în SEAP la ..... și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de decizia autorității contractante de a-i exclude oferta din procedura de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, decizie ce a fost adoptată după finalizarea procedurii și încheierea contractului cu societatea sa, SC ..... SRL a înaintat contestația de față, solicitând anularea actului atacat și constatarea faptului că ea nu se află în niciun caz de excludere care se putea aplica pe perioada procedurii de atribuire, menținerea contractului de atribuire nr. 2309/11.07....., precum și suspendarea procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă până la soluționarea contestației.

Ulterior, la solicitarea Consiliului, SC ..... SRL a depus Recipisa de consemnare nr. 204956597/1/05.10....., în valoare de 3.448,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala .....

Analizând prezenta cauză, Consiliul constată că, urmare a evaluării ofertelor, oferta SC ..... SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare la lotul 1, fiindu-i comunicat rezultatul procedurii la data de 03.07..... Ulterior, la data de 17.07....., autoritatea contractantă a hotărât anularea parțială a raportului procedurii, întrucât plata garanției de participare efectuată, prin internet banking, în cuantum de 2.882 lei, de către SC ..... SRL, nu a fost virată în contul său.

În aceste condiții, Consiliul constată că prin adresa nr. 2480/25.07....., oferta contestatoarei a fost respinsă pentru următoarele considerente: „... lot 1 ... oferta dvs a fost declarată inacceptabilă în conformitate cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și a fost exclusă din procedură în conformitate cu art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 36 alin. (4) din HG nr. 395/2016 ...”.

Cu privire la acest aspect, Consiliul are în vedere că, în fișa de date a achiziției, în privința garanției de participare s-a solicitat: „valoarea garanției de participare se va depune pe fiecare lot, după cum urmează: pentru ..... lot 1 - ..... spital = 2882 lei ... Perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei, adică 90 zile de la data limită de depunere a ofertelor ...”.

În vederea demonstrării îndeplinirii cerinței, Consiliul constată că societatea contestatoare a depus ordinul de plată nr. 150/21.05....., în valoare de 2882 lei, prin internet banking.

Cu privire la această situație, Consiliul are în vedere confirmarea contestatoarei cu privire la neprocesarea plății garanției de participare „... în urma unor verificări efectuate de către departamentul nostru de contabilitate, am constatat că ordinul de plată nr. 150/21.05..... prin care constituisem garanția de participare la licitație nu a fost procesat de către operatorul bancar. Din păcate coordonatorul de plăți din cadrul băncii nu ne-a înștiințat în legătură cu această situație, despre care societatea noastră a luat cunoștință abia în data de 16.07..... ...".

Analizând conduita și actele celor două părți ale cauzei, Consiliul constată că, prin neefectuarea transferului reprezentând garanția de participare în contul deschis de autoritatea contractantă, suma de bani rămânând la dispoziția contestatoarei și nu a autorității contractante, nu 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.

Raportat la situația prezentată, 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”;

- **art. 125:** „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”;

- **art. 132 alin. (3):** „**(3)** 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”.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, Consiliul concluzionează că neefectuarea plății în contul autorității contractante nu poate fi asimilată unei neconcordanțe în îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, la a cărei îndreptare sunt ținute atât autoritatea contractantă, cât și ofertanta, în condițiile prevăzute la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În aceste condiții, prin acceptarea ofertei contestatoarei în competiție, autoritatea contractantă ar încălca principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv principiul nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței.

Fată de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., ca nefondată.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

….