

DECIZIE
Nr. /C8/...
Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., înaintată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., CUI RO, reprezentată convențional prin avocat, formulată împotriva procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări:, COD CPV 45231400-9, anunț de participare din data de ..., de către, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

1. Anularea deciziei nr. privind respingerea ofertei contestatoarei din cadrul procedurii online de atribuire a contractului sectorial de lucrări, COD CPV 45310000-3, anunț de participare din data de,

2. anularea Raportului procedurii nr. ..., cu consecința declarării ca admisibilă a ofertei contestatoarei;

3. anularea deciziei de admitere a ofertei și desemnării ca și câștigătoare a ofertantului

4. obligarea entității contractante la emiterea unei decizii de atribuire către a contractului sectorial de lucrări, COD CPV 45310000-3.

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

Prin contestația formulată, ... critică decizia entității contractante de respingere a ofertei sale din cadrul procedurii online de atribuire a contractului sectorial de lucrări, COD CPV 45310000-3.

Contestatoarea susține că a participat la procedura de mai sus, deținând toate calificările tehnice necesare.

Contestatoarea arată că, în mod nejustificat și abuziv, invocând prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016, coroborat cu art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, art. 42 alin. (4) și alin. (7) din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă a decis respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei acesteia pe motiv că oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, respectiv, oferta nu este însoțită de dovada constituirii garanției de participare pentru prezenta procedură, cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor, în SEAP, cerință expres specificată în fișa de date a achiziției.

Potrivit contestatoarei, condițiile de formă aferente elaborării și prezentării ofertei care se pretind a fi încălcate sunt cele la care se refera

art. 42 alin. (4) si alin. (7) din HG nr. 394/2016, conform cărora: (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.

(7) în orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor.

Contestatoarea precizează că, analizând prevederile legale invocate de autoritatea contractanta în susținerea măsurii respingerii ca inacceptabila a ofertei sale, rezultă că ceea ce se reproșează acesteia a fost ca nu a depus alăturat ofertei și documentelor aferente si înscrisul constatat al garanției de participare la procedura de atribuire.

Sub acest aspect, contestatoarea susține că a transmis în SEAP formularul de oferta si documentele aferente acestuia pentru procedura de atribuire a contractului în speță.

În ce privește instrumentul de garantare, acesta a fost comunicat, cu respectarea datei limită pentru depunerea ofertei -....- prin e-mail, pe adresa de poșta electronica a entității contractante:, cu mențiunea că originalul poliței aferentă garanției de participare - Polița seria ... nr. - a fost comunicat prin intermediul serviciilor de curierat rapid furnizate de, la data de, conform AWB- ului furnizat de care poarta data expedierii iar, la rubrica conținut este înscrisă mențiunea "3 bucăți".

Entitatea contractantă a recepționat, efectiv, la data de ..., ora 13.49, plicul conținând instrumentul de garantare, în original, astfel cum rezultă din înscrisul intitulat Status expediție.

.... consideră incidente următoarele prevederi legale:

- Art. 138 alin. (3) H.G. nr. 394/2016 conform caruia: în condițiile art. 228 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 a garanției de participare, precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

-Art. 221 Legea nr. 99/2016 potrivit caruia -(1) în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea 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/solicitărilor de

participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

- Art. 41 din H.G. nr. 394/2016 - (1) Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei care are drept scop protejarea entității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

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

În concluzie, consideră contestatoarea, că, în lumina textelor legale suscitade, entitatea contractantă era îndatorată a solicita acesteia clarificări privind constituirea garanției de participare, în termen de o zi lucrătoare de la împlinirea termenului limită de depunere a ofertelor.

Mai arată contestatoarea că, în ziua lucrătoare următoare datei limită pentru depunerea ofertelor, și anume, zi în care conform art. 138 alin. (3) HG nr. 394/2016, comisia de evaluare trebuia să solicite clarificări, entitatea contractantă se afla în posesia originalului instrumentului de garantare.

În aceste condiții, contestatoarea afirmă că, respingerea în mod direct, ca fiind inacceptabilă, a ofertei sale, fără a se solicita clarificări în conformitate cu textele legale suscitade și în pofida faptului că, încă din entitatea contractantă s-a aflat în posesia copiei instrumentului de garantare, iar, o zi mai târziu, la data de ..., a recepționat prin curier originalul instrumentului de garantare, este nelegală și săvârșită cu exces de putere, fără respectarea principiului proporționalității, consacrat de art. 2 lit. e) din Legea nr.99/2016, fiind disproporționată în raport cu deficiența reținută în sarcina subscrisei. Or, date fiind datele speței, este evident că măsura respingerii, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei, nu este de natură a atinge un scop legitim și nu întrunește cerința caracterului rezonabil.

În acest sens, contestatoarea consideră că trebuie pornit de la prevederile art. 41 din H.G. nr. 394/2016, conform cărora garanția de participare are drept scop protejarea entității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

Or, apreciază contestatoarea, în condițiile în care, în data de, ca dată limită de depunere a ofertelor, a depus la entitatea contractantă dovada constituirii garanției de participare, iar o zi mai târziu originalul instrumentului de plată a fost recepționat de aceasta, scopul textului legal este pe deplin satisfăcut, protecția entității contractante față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al pe toată perioada implicării în procedura de atribuire fiind realizată.

Pentru toate aceste considerente, contestatoarea consideră că oferta să îndeplinește toate criteriile impuse, atât cele de formă privind

elaborarea și prezentarea acesteia, precum și cele de ordin tehnic și financiar pentru a fi declarată câștigătoare, în speță, devenind incidente prevederile art. 34 din Legea nr. 101/2016. Contestatoarea apreciază că informațiile cuprinse în acest dosar și dovedite prin înscrisuri justifică calitatea sa de ofertant câștigător și constituie temei pentru ca CNSC să dispună atribuirea contractului în favoarea sa.

În drept: art. 8 și urm., art. 10 și urm., art. 12 și urm., art. 24 - art. 27, art. 34 Legea nr. 101/2016, celelalte texte legale despre care s-a făcut vorbire.

Prin Notele scrise nr./...., înregistrate la Consiliu cu nr./....., entitatea contractantă a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației

În susținere, arată că, în principal, soluționarea contestației este condiționată de depunerea dovezii de constituire a cauțiunii în cuantumul prevăzut de art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, iar în situația în care contestatoarea nu face dovada depunerii cauțiunii, solicită respingerea contestației, pe acest temei.

Pe fondul contestației, solicită respingerea contestației, ca nefondată, întrucât:

Astfel cum rezultă din înscrisurile anexate și după cum a arătat și contestatoarea prin contestația formulată, în speță oferta operatorului economic a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 143 alin. (1) din Normele de aplicare aprobate prin HG nr. 394/2016, coroborat cu prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, respectiv, oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, fiind încălcate prevederile art. 42 alin. (4) și alin. (7) din Normele de aplicare aprobate prin HG nr. 394/2016, prin faptul că oferta nu a fost însoțită de dovada constituirii garanției de participare pentru prezenta procedură, cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor, în SEAP, cerință specificată expres prin fișa de date a achiziției.

Entitatea contractantă susține că a prevăzut în cadrul documentației de atribuire obligația ofertanților de a prezenta dovada constituirii garanției de participare, în original, până la data deschiderii ofertelor, în concordanță cu prevederile art. 42 alin. (7) din H.G. nr. 394/2016. Or, contestatoarea a ales să constituie garanția de participare sub forma unui instrument de garantare, emis sub forma unei polițe de asigurare- Polița seria nr. emisă de, încheiată în data de

Astfel, încât:

- în mod corect, comisia de evaluare a apreciat că oferta operatorului economic nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, fiind încălcate

prevederile art. 42 alin. (4) și alin. (7) din Normele de aplicare aprobate prin HG 394/2016, fiind respinsă, ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 143 alin. (1) din Normele de aplicare aprobate prin HG 394/2016, coroborat cu prevederile art. 228 alin. 4 din Legea nr. 99/2016.

- nu pot fi primite susținerile contestatoarei, cum că prin adresa din data de, transmisă pe e-mail, a comunicat subscrisei instrumentul de garantare, în anunțul de atribuire a fost specificat faptul că instrumentul de garantare trebuie prezentat cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor, doar în SEAP: or, în SEAP, instrumentul de garantare nu a fost prezentat până în data de ora 15,00 și nici nu a fost depus în original; e-mailul a fost transmis la data de ora 19:48:34, deci după ora limită stabilit la data, ora 15,00; deși, la data de a fost publicat în SEAP anunțul de tip erată a secțiunii 1.1 din anunțul de participare simplificat SCN / , în sensul că în loc de " " se va citi "\ contestatoarea a ales să încheie polița de asigurare la data de (după publicarea eratei) pe numele (deși cunoștea foarte bine denumirea corectă a subscrisei, având în vedere litigiile dintre părți și contestațiile anterioare formulate).
- nedepunerea garanției de participare, precum și neconstituirea în cuantumul și valabilitatea solicitată conduc la respingerea ofertei ca inacceptabilă, deoarece prevederile art. 42 alin. (4) și alin. (7) din Normele de aplicare aprobate prin HG NR. 394/2016 sunt prevederi legale imperative de la care nici entitatea contractantă și nici operatorii economici nu pot face derogări.
- dovada constituirii garanției de participare se prezintă până la data limită pentru primirea ofertelor, or, în speță, poliția de asigurare a fost încheiată chiar în ultima zi a termenului (....), iar dovada nu a fost prezentată până la ora limită, e-mailul fiind transmis la ora 19:48:34, originalul poliței fiind recepționat de subscrisa după data limită-respectiv în data de
- riscul întocmirii ofertelor, inclusiv prezentarea garanției de participare într-o anumită formă sau într-un anumit moment, cade în sarcina operatorului economic.
- în condițiile în care ceilalți participanți la procedura de atribuire în speță au respectat prevederile documentației de atribuire și prevederile legale mai sus menționate, acceptarea de către comisia de evaluare, respectiv de către Consiliu, a situației contestatoarei, care nu a depus instrumentul de garantare în modalitatea și în termenul stabilit, ar conduce nu numai la nerespectarea prevederilor documentației de atribuire și a prevederilor legale în speța de față, dar și la încălcarea

principiului tratamentului egal și al nediscriminării, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016.

În drept, entitatea contractantă a invocat prevederile Legii nr. 101/2016, Legea nr. 99/2016, HG nr. 394/2016.

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

... .., a organizat o procedură de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „....., COD CPV 45231400-9,” inițiată prin anunțul de participare, criteriul de atribuire aplicat fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de lei, fără TVA.

Consiliul constată, contrar susținerilor entității contractante, că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. din data de, eliberată de, prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de ... lei.

Din analiza conținutului contestației, Consiliul reține că autoarea ei critică modalitatea în care oferta sa a fost exclusă din procedura de atribuire în cauză, societatea considerând că entitatea contractantă, în mod nejustificat și abuziv, a decis respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei acesteia pe motiv că oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere dispozițiile:

- Art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, în vigoare: "*(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*";
- art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016 : „*În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă are obligația de a cuprinde: (...) b)*

fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”;

- art. 42 alin. (4) si alin. (7) din HG nr. 394/2016: “(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.(...) (7) în orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor”.

Față de art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, așa cum s-a precizat mai sus, Consiliul constată că, în cadrul comunicării rezultatului procedurii, publicată în SEAP la 01.07.2021, motivul de respingere a ofertei contestatoarei este următorul: „(...) în baza prevederilor art. 143 alin. (1) din Normele de aplicare aprobate prin HG nr. 394/2016, coroborat cu art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 –respectiv, oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, fiind încălcate prevederile art. 42 alin. (4) și alin. (7) din Normele de aplicare aprobate prin HG nr. 394/2016 oferta nu este însoțită de dovada constituirii garanției de participare pentru prezenta procedură, cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor, în SEAP, cerință specificată expres în fișa de date a achiziției.”.

Consiliul reține că entitatea contractantă în anunțul de participare publicat în SEAP sub nr., la Pct. III.1.6- "Depozite și garanții solicitate" a precizat că, în cazul în care operatorii economici aleg ca modalitate de constituire a garanției sub forma unui instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii, acest *instrument de garantare trebuie prezentat cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor, doar în SEAP, în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzută. Data limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare a fost stabilit prin anunțul de participare (pct. IV.2.2) ca fiind, ora 15,00.*

Consiliul constată că, deși avea cunoștință de conținutul documentației de atribuire, inclusiv, de cerința expresă a entității contractante de a prezenta garanția de participare doar în SEAP, a ales să prezinte garanția de participare, prin e-mail, transmis la data de ora 19:48:34, deci după ora limită de depunere a ofertelor, respectiv, ora 15,00, pe adresa de poștă electronică a entității contractante:; originalul poliței aferentă garanției de participare - Polița seria ... nr.
– a fost transmisă prin intermediul serviciilor de curierat rapid furnizate

de, la data de, ora 08:58, conform AWB- ului furnizat de care poartă data expedierii, ...

Contrar celor susținute de contestatoare, Consiliul constată că oferta acesteia nu îndeplinește cerințele impuse cu privire la forma privind elaborarea si prezentarea garanției de participare, în sensul în care nu a fost respectată cerința expresă din documentația de atribuire, respectiv, **prezentarea** Poliței de asigurare seria ... nr., instrument de garantare emis de City Insurance, cel mai târziu la data si ora limită de depunere a ofertelor, doar în SEAP, în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzută.

În concluzie, Consiliul va respinge, ca neîntemeiate, afirmațiile contestatoarei conform cărora entitatea contractantă, în mod nejustificat și abuziv, a decis respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei acesteia pe motiv că oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării si prezentării acesteia.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea, în contradictoriu cu entitatea contractantă

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de în contradictoriu cu entitatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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.

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
....