



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de domnul - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de reabilitare a DJ 712A Fieni - Runcu (Bădeni), cod CPV 45233140-2, cu data limită de depunere a ofertelor 27.12.2016, organizată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat

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 ofertantul SC SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin comunicarea nr. 4735/22.02....., a fost informată despre respingerea ofertei, în baza art. 36 alin. (4), coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. a) și b) din normele Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, autoritatea argumentând:

„Anunțul de tip erată Numărul 97840/13.12.2016 la anunțul de participare simplificat Numărul / a fost dat urmare

publicării în Monitorul Oficial al României nr. 972 din data de când a fost modificată și completată Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, referitoare la garanția de participare, prin introducerea unui nou alineat (4) la art. 35 și modificării art. 36 alin. (4).

Prin Anunțul de tip erată Numărul 97840/13.12.2016, la anunțul de participare simplificat Numărul/....., VI.3) Informații care urmează să fie corectate sau adăugate, s-a modificat în anunțul original și în documentele de licitație corespunzătoare secțiunea III: Informații juridice, economice, financiare și tehnice, III. I.I) Depozite valorice și garanții solicitate (după caz), III.1) Condiții referitoare la contract, III.I.I.a) Garanție de participare: (...) f) Garanția de participare, constituită sub forma unui instrument de garantare emis de societăți de asigurări, societăți bancare sau alte instituții financiare acreditate. Instrumentul de garantare 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 și se prezintă autorității contractante cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor.”

Autoritatea a adăugat: „Asocierea SC SRL - lider de asociere - SC Construct SRL - asociat a depus în SEAP, semnată cu semnătură electronică extinsă, Garanția de participare constituită sub formă de Poliță de asigurare Seria AX nr. 055906/16.02.2016 emisă de ABC Asigurări Reasigurări SA pentru suma de 20.000 lei, cu valabilitate de la 27.12.2016 până la 26.04..... Instrumentul de garantare nu a fost prezentat autorității contractante cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, 27.12.2016, ora 15:00” - acesta fiind motivul de respingere a ofertei. Însă, dovada constituirii garanției de participare, astfel cum a fost solicitată de autoritate, a fost încărcată în SEAP, la secțiunea corespunzătoare, la data de 27.12.2016, înainte de ora-limită 15 (de altfel, platforma SEAP nu permite încărcarea de documente după ora-limită). În aceste condiții, nu se puteau invoca art. 36 alin. (4) și art. 137 alin. (2) lit. a) și lit. b) amintite. Din documentația aferentă procedurii nu rezultă că s-ar fi cerut transmiterea dovezii garanției (și) într-un alt mod, respectiv în original.

Autoritatea a solicitat, în mod expres, depunerea în original a dovezii privind constituirea garanției de participare la altă procedură de atribuire (inițiată prin anunțul nr. 398031/21.12.2016).

În punctul său de vedere nr. 6007/08.03..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 8177/09.03....., autoritatea contractantă afirmă, în apărare, că asocierea SC

SRL - SC ... Construct SRL a depus, în SEAP, semnată cu semnătură electronică extinsă, garanția de participare constituită sub formă de poliță de asigurare. Întrucât instrumentul de garantare nu a fost prezentat cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor (27.12.2016, ora 15), comisia de evaluare a hotărât că oferta asocierii este inacceptabilă.

Garanția de participare neprezentată nu poate fi reținută sau restituită, ceea ce înseamnă că autoritatea s-ar afla în imposibilitate de a respecta art. 37 și 38 din normele aprobate prin Hotărârea nr. 395/2016.

Cu nr. 130/13.03....., înregistrate la Consiliu sub nr. 8429/13.03....., SC SRL a formulat concluzii scrise, în care evidențiază că procedura de atribuire în cauză este una online, derulată prin mijloace electronice, în cadrul SEAP, motiv pentru care nu se puteau depune documente direct la autoritate decât dacă aceasta le solicita în mod expres. Asocierea a depus dovada constituirii garanției de participare în SEAP.

Garanția a fost constituită, iar depunerea ei este confirmată de însăși autoritatea contractantă. Dacă aceasta dorea originalul, era suficient să îl solicite. Putea fi incident inclusiv art. 134 alin. (1) din normele Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 - *„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acesteia.”*

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la, autoritatea contractantă a inițiat o procedură simplificată online în vederea achiziționării de lucrări de reabilitare a drumului județean 712A Fieni - Runcu (Bădeni), estimate valoric la 2.299.590 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la, alături de anunțul de participare.

La procedură, potrivit procesului-verbal de vizualizare nr. 29288/27.12.2016, au fost depuse șase oferte, între care și aceea a asocierii SC SRL - SC ... Construct SRL, care a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât „instrumentul de garantare nu a fost prezentat autorității contractante cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, 27.12.2016, ora 15:00”. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior

notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată cu succes de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea SC SRL - SC ... Construct SRL. 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 concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În speță, Consiliul ia act că oferta reclamantei a fost respinsă de organizatoarea achiziției cu argumentul că nu i-ar fi fost prezentată garanția de participare la procedură, argument care nu are nicio tangență cu realitatea, întrucât SC SRL, în asociere cu SC ... Construct SRL, a prezentat organizatoarei, prin depunerea în SEAP, după cum ea însăși recunoaște în adresa de comunicare a respingerii ofertei, „Garanția de participare constituită sub formă de Poliță de asigurare Seria AX nr. 055906/16.02.2016 emisă de ABC Asigurări Reasigurări SA pentru suma de 20.000 lei, cu valabilitate de la 27.12.2016 până la 26.04.....”. Ofertantul a furnizat autorității garanția necesară prin intermediul platformei de derulare a achiziției SEAP, achiziție realizată online, prin mijloace electronice.

Documentele sunt încărcate de operatori în SEAP tocmai pentru a fi puse la dispoziție autorității contractante, nu pentru altceva. Prezentarea unui document în SEAP este similară prezentării lui prin depunerea lui la registratura organizatoarei achiziției, fie direct, fie prin serviciul poștal. Nu îi pot fi negate actului efectele juridice doar pentru că a fost prezentat prin mijlocirea portalului online SEAP.

Potrivit Legii nr. 98/2016, sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) desemnează sistemul informatic de utilitate publică, accesibil prin internet la o adresă dedicată, *utilizat în scopul aplicării prin mijloace electronice a procedurilor de atribuire* și în scopul publicării anunțurilor la nivel național.

Art. 123 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 dispune:

(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.

(2) Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări **numai prin mijloace electronice** atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfășoară **prin intermediul SEAP**.

(3) Documentele prevăzute la alin. (2) se semnează cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale.

(4) Prin **excepție** de la prevederile alin. (2), **autoritatea contractantă are dreptul să solicite în original orice document cu regim special a cărui valabilitate este condiționată de prezentarea în această formă.**

Este adevărat că organizatorul a specificat în anunțul de participare, la pct. III.1.1) - Condiții suplimentare, garanție de participare: „Dovada constituirii GP se va transmite atât pe SEAP, în copie semnată cu semnatura electronica extinsa a ofertantului, cat si in original la sediul autoritatii contractante, cel mai tarziu pana la data limita stabilite pentru depunerea ofertelor.”, mențione care apare și în fișa de date a achiziției (în cuprinsul căreia a adăugat: „Ofertantii au obligatia de a asigura primirea si inregistrarea de catre autoritatea contractanta a garantiei de participare, in original, pana la data limita stabilita pentru depunerea ofertelor, prin posta la sediul Consiliului Judetean, ..., sau direct la registratura acestuia, concomitent cu incarcarea acesteia in SEAP. Aceasta va fi obligatoriu insotita de scrisoare de inaintare (Formularul nr. 11) si va fi depusa in plic pe care va fi identificata clar procedura, autoritatea contractanta precum si ofertantul, plic marcat corespunzator conform modelului de mai jos: numele si adresa ofertantului, telefon, fax, Denumire contract:„.....”, Judetul - executie lucrari. Plicul se va depune la: Registratura Consiliului Judetean, ..., Judetul Documentele solicitate in original, depuse la o alta adresa decat cea stabilita in cadrul anuntului de participare procedura simplificata sau dupa expirarea datei pentru depunere vor duce la respingerea din

cadru procedurii și, după caz, se returnează nedeschise.”), însă deopotrivă de adevărat este că aceeași autoritate contractantă, prin anunțul de tip erată nr. 97840/13.12.2016 (și clarificările din fișierele „clarificare din oficiu -erata-DJ 712A - Fieni- Runcu-semnat.pdf” și „2-clarificare -TOTI operatorii economici -Fieni -Runcu-semnat.pdf”, ambele postate în SEAP la 14.12.2016), și-a revizuit anunțul inițial și fișa de date, renunțând la cerința aducerii dovezii constituirii garanției de participare în original la sediul său. Astfel, mențiunea inițială: „Dovada constituirii GP se va transmite atât pe SEAP, în copie semnată cu semnatura electronică extinsă a ofertantului, cât și în original la sediul autorității contractante, cel mai târziu până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor.” a fost modificată prin eliminarea ipotezei secunde, după cum urmează: „Dovada constituirii garanției de participare se va depune în SEAP cu mențiunea «conform cu originalul», semnată cu semnatura electronică extinsă a ofertantului.”

Explicația acestui amendament este furnizată de autoritatea însăși, în finalul anunțului de tip erată: „În Monitorul Oficial al României nr.972 din data de a fost publicată modificarea și completarea Hotărârii Guvernului nr.395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, referitoare la garanția de participare, prin introducerea unui nou alineat (4) la art.35 și modificării art.36 alin.(4).”

În documentul de prezentare de către Guvern a actului normativ modificator, document care poate fi accesat la adresa <http://gov.ro/ro/guvernul/sedinte-guvern/sinteza-sedintei-de-guvern-din-data-de-16-noiembrie>, se arată:

[...] în vederea corelării prevederilor din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 și Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu cele ale Strategiei naționale în domeniul achizițiilor publice (aprobată prin H.G. nr. 901/2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 881/25.11.2015), referitoare la trecerea integrală la procedurile de achiziții online, **se elimină obligația operatorilor economici de a prezenta “în original” instrumentul de garantare prin care s-a constituit garanția de participare**. Această măsură este materializată prin:

- modificarea alineatului (4) al articolului 42 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016;
- modificarea alineatului (4) al articolului 36 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016;
- abrogarea alineatului (7) al articolului 36 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Așadar, este limpede care a fost intenția atât a legiuitorului delegat, cât și a autorității achizitoare – renunțarea la clauza care impunea ofertanților să îi furnizeze autorității garanția în original, fiind suficientă prezentarea ei în SEAP.

Chiar și în situația în care aprecia necesară aducerea originalului, autoritatea nu era îndrituită să respingă oferta mai înainte de a își respecta obligația înscrisă la art. 132 alin. (3) din

normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 – „În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind quantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.” Așadar, dacă forma postată în SEAP o nemulțumea pe autoritate, nimic nu o oprea să ceară ofertantului forma originală a poliței de asigurare.

Legat de prezentarea garanției de participare, elocventă este și practica instanțelor de judecată în materia achizițiilor publice:

- decizia nr. 5069 din 27 octombrie 2015 (este excesivă și nelegală respingerea ofertei pentru nedepunerea originalului dovezii garanției de participare la sediul autorității contractante până la data și ora limită de depunere a ofertelor, câtă vreme dovada a fost încărcată de ofertant în SEAP), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 57 din 8 ianuarie 2015 (este excesivă și nelegală respingerea ofertei pentru nedepunerea originalului dovezii garanției de participare la sediul autorității contractante, câtă vreme dovada a fost încărcată de ofertant în SEAP), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 596 din 4 mai 2015 (A elimina o ofertă pentru că garanția de participare nu a fost prezentată în format fizic autorității contractante, ci doar în format electronic, reprezintă unui formalism excesiv. Autoritatea are obligația de a cere prezentarea garanției de participare în format fizic după data limită de depunere a ofertei.), Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că, în mod nelegal, autoritatea a respins oferta contestatoarei sub aspectul dezbătut mai sus, situație de natură să atragă infirmarea procesului-verbal nr. 4601/21.02....., prin care s-a decis respingerea ofertei asocierii. În evaluarea acesteia, autoritatea a nesocotit propria erată și textul precitat al art. 132 alin. (3) din norme, totodată dând dovadă de un formalism excesiv, contrar principiului proporționalității, care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică, critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale fiind fondată. Prin urmare, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL nr./....., în contradictoriu cu, va anula procesul-verbal de evaluare nr. 4601/ 21.02..... și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii prin emiterea unui nou proces-verbal de evaluare a garanției asociată ofertei contestatoarei, cu respectarea considerentelor de mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice.

Implicit, rămân fără efecte și mențiunile autorității de respingere a ofertei contestatoarei cuprinse în procesul-verbal de vizualizare nr. 29288/27.12.2016.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresa autorității contractante de comunicare către SC SRL a deciziei de respingere a ofertei sale, adresă subsecventă și dependentă de procesul-verbal nr. 4601/21.02....., și va obliga autoritatea să îi comunice noul rezultat al evaluării, conform Legii nr. 98/2016 și normelor de aplicare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC SRL nr./....., în contradictoriu cu, și anulează procesul-verbal nr. 4601/21.02....., precum și adresa autorității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei sale.

Obligă autoritatea la continuarea procedurii prin reevaluarea garanției aferentă ofertei SC SRL și la emiterea unui nou proces-verbal de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea garanției și întocmirea noului proces-verbal, autoritatea va comunica respectivului contestator rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.