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 sub nr. ...../....., formulată de SC .. SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..SRL, cu sediul în ....., str. .., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. .., având CIF ....., reprezentată legal prin administrator dl. …, împotriva comunicării rezultatului procedurii, emisă de ....., cu sediul Comuna .., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii elaborare proiect tehnic, detalii de execuție și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții «Modernizarea străzilor sătești din Comuna …, județul .....»”, cod CPV 71322500-6 - Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), s-a solicitat anularea adresei nr. ...../..... și a actelor subsecvente, reanalizarea ofertei sale și emiterea unei noi adrese în conformitate cu prevederile legale.

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 formulată în cauză de SC … SRL, prin care se reclamă rezultatul procedurii emis în legătură cu oferta sa, aceasta fiind respinsă pe

considerentul că nu ar fi depus dovada constituirii garanției de participare.

Arată că nu poate fi menținut acest motiv de respingere, iar autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 132 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare ale Legii nr. 98/2016, care stabilesc în sarcina autorităților contractante obligația de a clarifica eventualele neconcordanțe privind cuantumul și valabilitatea garanției de participare în 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor.

A achitat garanția de participare, aspect de fapt care rezultă din ordinul de plată nr. 29/22.11..... în sumă de 1.310 lei emis de BANCPOST. Aspectul că plata a fost efectuată de altă societate decât ofertantul, putea fi ușor clarificat de autoritatea contractantă.

Din descrierea cuprinsă în ordinul de plată rezultă că plata a reprezentat garanția de participare depusă în contul autorității contractante, pentru procedura organizată de autoritatea contractantă.

În acest sens, contestatoarea arată că depune o adresă emisă de … SRL care confirmă faptul că suma plătită reprezintă garanția de participare la procedură și este pentru asocierea .. SRL.

Totodată, subliniază că situația constituirii garanției de participare rezultă și din aspectul că, dovada constituirii garanției în discuție a fost depusă de contestatoare în cadrul ofertei sale sub denumirea *„documente care însoțesc oferta / RFQ0105167/018, garanție de participare diosti.pdf.p7s”*, iar documentele au fost semnate electronic de reprezentantul împuternicit al asocierii.

Nu există un text de lege care să impună ofertantului, în nume propriu, obligația de a constitui garanția de participare, cu excluderea expresă a terților, în condițiile în care legea permite ca garanția de participare să poată fi consituită și de terți (societăți bancare, societăți de asigurări).

Prin neacceptarea garanției de participare pusă la dispoziția autorității contractante, aceasta încalcă principiul tratamentului egal, în condițiile în care legea permite constituirea acesteia și de către terți.

Susține că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 132 alin. (3), art. 35, art. 36 din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere prin adresa nr. 36/.....12....., înregistrat la Consiliu sub nr. ../21.12....., prin care solicită respingerea contestației ca nefondată, menținerea deciziei nr. ...../..... ca temeinică și legală și, pe cale de consecință, continuarea și finalizarea procedurii cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

Autoritatea contractantă citează din cuprinsul fișei de date, prin care s-a stabilit cuantumul, condițiile și modalitatea de constituire a garanției de participare.

Susține că, având în vedere cele impuse prin fișa de date a achiziției, comisia de evaluare a constatat că, cei trei ofertanți ce au

depus oferte, au încărcat în SEAP și dovada constituirii garanției de participare, iar cu ocazia verificării lor a constatat că asocierea contestatoare a depus dovada constituirii garanției de participare, care însă a fost constituită de un alt operator economic care nu are calitatea de ofertant în procedură, motiv pentru care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă.

Subliniază rolul garanției de participare, acela de a proteja autoritatea contractantă de un eventual comportament necorespunzător al ofertantului pe toată durata desfășurării procedurii de atribuire, iar acest scop nu poate fi atins prin constituirea garanției de participare de către un operator economic terț față de procedura de achiziție contestată.

În cazul de față nu este incidentă vreo neconcordanță de formă, care să fi putut fi lămurită ulterior depunerii garanției de participare.

În apărare, autoritatea contractantă subliniază că prevederile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 se referă exclusiv la obligația ofertantului de a constitui garanția de participare, iar textul de lege invocat se referă la modalitatea, forma sub care se poate constitui garanția de participare, iar nu persoana celui obligat la constituirea ei, care este doar ofertantul.

În mod similar, autoritatea contractantă citează prevederile art. 37 și 38 din același act normativ, care în opinia sa se referă în mod exclusiv la ofertant, iar nu la un terț față de procedura de atribuire.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată – într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii elaborare proiect tehnic, detalii de execuție și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții «Modernizarea străzilor sătești din Comuna Diosti, județul .....»".

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ...../....., potrivit căruia valoarea estimată a contractului de servicii este de 131.000 RON, fără TVA, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut".

Cu ocazia derulării ședinței de evaluare a ofertelor depuse în SEAP, a fost întocmit procesul-verbal nr. 14/23.11....., prin care oferta asocierii SC .. SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, fiind reținut faptul că nu a fost depusă dovada constituirii garanției de participare la data limită de depunere a ofertelor.

Nemulţumită fiind de respingerea ofertei sale, astfel cum rezultă și din adresa nr. ...../....., de comunicare a rezultatului procedurii de

atribuire, SC … SRL a depus la Consiliu contestaţia în analiză, solicitând anularea acestui .....

Modalitatea de depunere a garanției de participare a fost stipulată în fișa de date a achiziției, Secțiunea III.1.1.a) Garanția de participare, conform căreia „Ofertantul va constitui garantia de participare în cuantum de 1.310 lei. Echivalenta in valuta a valorii exprimate în lei se va determina corespunzator cursului stabilit de BNR la data publicarii invitatiei de participare în SEAP. Garantia de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din H.G. nr. 395/2016, cu modificarile si completarile ulterioare. In cazul viramentului bancar, plata se va realiza in contul .. deschis la Trezoreria Municipiului ..... Perioada de valabilitate a garantiei de participare va fi cel putin egala cu perioada de valabilitate a ofertei. Instrumentul de garantare trebuie sa prevada ca plata garantiei de participare se va executa neconditionat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declaratiei acestuia cu privire la culpa persoanei garantate, si se prezinta autoritatii contractante in original, cel mai tarziu la data si ora limita de depunere a ofertelor. Garantia de participare constituita printr-un instrument de garantare se va depune scanat în SEAP in termenul limita de depunere a ofertelor.

In cazul depunerii de oferte in asociere, garantia de participare trebuie constituita in numele asocierii si sa mentioneze ca acopera in mod solidar toti membrii grupului de operatori economici."

Față de această cerință, a constituirii garanției de participare, societatea contestatoare a depus Ordinul de Plată 29/22.11....., emis de BANCPOST, care confirmă plata sumei de 1310,00 lei, în contul deschis la Trezoreria Municipiului ....., beneficiar, fiind COMUNA …. La rubrica „detalii" se precizează garanție participare licitație pentru „Servicii elaborare proiect tehnic, detalii de execuție și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții «Modernizarea străzilor sătești din Comuna …, județul .....»", iar la plătitor este indicat SC … SRL.

Constatând că această garanție de participare a fost constituită de un operator economic ce nu are calitatea de ofertant în cadrul procedurii, autoritatea contractantă a apreciat că asocierea ofertantă nu are constituită garanția de participare în forma și cuantumul prevăzut prin fișa de date.

Documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei

documentații de atribuire care stabilesc regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv fișa de date) devine obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă care trebuie să o respecte întocmai.

Constituirea garanției de participare are rolul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător din partea ofertanților pe parcursul procedurilor de achiziție publică. Obligativitatea constituirii garanției de participare este stabilită de dispozițiile legale în vederea ocrotirii intereselor autorităților contractante împotriva exercitării abuzive sau cu rea credință a drepturilor și obligațiilor de care beneficiază ofertanții participanți în cadrul unor proceduri de achiziție publică, fiind incidente în acest caz dispozițiile HG nr. 395/2016, stipulează următoarele:

- art. 35: „(1) 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.

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

(3) Fișa de date a achiziției trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare:

a) valoarea, ce nu poate depăși 2% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, fără a se lua în calcul valoarea pentru diverse și neprevăzute, dacă este cazul;

b) perioada de valabilitate care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire.

(4) Prin excepție de la prevederile alin. (3) lit. a), în cazul atribuirii contractelor a căror valoare estimată este mai mică decât echivalentul în lei a 25.000.000 euro, valoarea garanției de participare nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit".

- art. 36: „Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care nu se află în situații speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condițiile legii.

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare 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 şi se prezintă autorităţii contractante cel mai târziu la data şi ora-limită de depunere a ofertelor."

Raportat la cele mai sus menționate, Consiliul constată că asocierea SC .. SRL a depus garanția de participare, fiind constituită de SC … SRL. Astfel a fost constituită garanția în cuantumul solicitat, respectiv 1310 lei, iar dovada acesteia a fost scanată și încărcată în SEAP odată cu oferta, conform condițiilor impuse în fișa de date a achiziției.

Faptul că plătitor a fost SC .. SRL și nu asocierea ofertantă, îndreptățea autoritatea contractantă la aplicarea prevederilor art. 132 alin. (3) din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 395/2016 […eventualele neconcordanţe cu privire la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, inclusiv cele privind cuantumul şi valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanţii în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă] și nicidecum la respingerea ofertei, fără o lămurire în prealabil. În cazul în care ar fi procedat în acest fel, autoritatea contractantă ar fi putut primi o clarificare în acest sens, drept dovadă, că SC … SRL, prin adresa nr. 184/29.11....., semnată de administrator .., atașată și notificării prealabile, a confirmat faptul că ordinul de plată nr. .. din data de 22.11....., în sumă de 1.310 lei, emis de BANCPOST, plătitor fiind persoana juridică SC .. SRL CUI .., beneficiar COMUNA ..CIF …(…) reprezintă garanția de participare pentru asocierea .. SRL. Suma este la dispoziția autorității contractante aceasta putând fi reținută în conformitate cu prevederile legale privind garanția de participare pentru achizițiile publice.

În prezent, o solicitare de clarificare este de prisos, mai cu seamă că textul art. 1472 din Codul Civil stabilește că *plata poate să fie făcută de orice persoană, chiar dacă este un terţ în raport cu acea obligaţie*.

Totodată, analizând, Consiliul constată că SC … SRL nu este străin de cele două societăți ce au depus ofertă în asociere, având același administrator în persoana domnului … și același sediu (....., str. …, județul .....) cu acestea.

Plecând de la scopul constituirii garanției de participare, de protecție a autorității contractante, și luând în considerare faptul că, înainte de data limită de depunere a ofertelor, societatea contestatoare a depus dovada constituirii garanției de participare, Consiliul consideră că nu poate fi pusă în discuție lipsa constituirii garanției de participare.

Așadar, scrisoarea de garanție depusă de asocierea condusă de petentă servește, în opinia Consiliului, scopului consacrat prin dispozițiile art. 35 din HG nr. 395/2016, acoperind riscurile prevăzute de lege și de documentația de atribuire, neexistând niciun inconvenient pentru

autoritatea contractantă de a executa garanția de participare în cazurile prevăzute de art. 37 din HG nr. 395/.....

Doar pentru că autoarea contestației a prezentat dovada constituirii garanției de participare de un alt operator economic nu înseamnă că oferta acesteia trebuia să fie respinsă, câtă vreme suma constituită în acest sens s-ar fi aflat în contul achizitoarei.

Din aceste motive, constatând că oferta asocierii SC … SRL a fost eronat respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, contestația va fi admisă și dispusă reevaluarea acestei oferte.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația depusă de SC … SRL, în calitate de lider al asocierii SC … SRL – SC … SRL, în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal nr. …/23.11....., în partea care privește oferta contestatoarei și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte, în termen de ..... zile de la data primirii prezentei.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**