Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 74/29.03.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 19633/01.04.2024, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., jud ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de ... .. administrator, împotriva rezultatului procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 686/27.03.2024, emis de ..., cu sdiul în ..., cod fiscal ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată a contractului de achiziție publică având ca obiect «*Achiziționarea alimentelor necesare desfășurării activității Cantinei Liceului Special "..."*», pentru lotul 2 *„produse de panificație și derivate ale acestora",* anunț de participare nr. ... din 20.02.2024, s-a solicitat:

1. Anularea parțială a raportului procedurii nr. 686/27.03.2024;
2. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor;
3. Anularea tuturor actelor subsecvente încheiate în baza raportului procedurii nr. 686/27.03.2024, inclusiv a comunicării nr. 687/27.03.2024;
4. Obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor care decurg din prezenta procedură.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia formulată de SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii adoptat de

Liceul Special „..." ..., prin care se solicită adoptarea măsurilor de remediere precizate mai sus, conform argumentelor prezentate în contestație.

Contestatoarea susține că a încărcat în SEAP documentația solicitată până la data ora limită, printre documentele încărcate regăsindu-se și 2 ordine de plată, respectiv:

- pentru loturile I și IV - ordinul de plată nr. 06/26.02.2024 pentru suma de 2.887,40 lei;

- pentru lotul II - ordinul de plată nr. 07/29.02.2024 pentru suma de 1.453,75 lei.

Aceasta arătă că în fișa de date la secțiunea III, punctul III. 1.6 a) privind garanția de participare se arată că: *„Garanția de participare se constituie prin:*

- virament bancar în cont nr. R039 TREZ 0215 006X XX01 8133 deschis la Trezoreria Municipiului ... (...)”.

În acest context, susține că s-a conformat solicitării din fișa de date și a achitat, prin virament bancar, în contul indicat, cele două garanții de participare, la data de 26.02.2024, respectiv 29.02.2024.

Totodată, subliniază că ambele plăti au fost efectuate înainte de data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, documentele justificative ale plății fiind încărcate în SEAP, alături de restul documentației.

Cu toate acestea, la data de 27.03.2024 a fost publicat raportul procedurii nr. 686/27.03.2024, prin care s-a consemnat că autoritatea contractantă a descalificat oferta SC ... SRL aferentă lotului II, pe motivul că deși a regăsit atasat documentației ordinul de plată nr. 07/29.02.2024, pentru suma de 1.453,75 lei, a considerat că oferta este *„inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016, coroborat cu prevederile art. 137, alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece ofertantul deși prezintă în SICAP semnat cu semnătură electronică O.P.-ul nr. 7/29.02.2024, în valaore de 1.453,75 lei, reprezentând garanția de participare pentru lotul 2, aceasta sumă nu se regăsește în extrasul contului de garanții al autorității contractante de la data de 01.03.2024, în concluzie, suma respectivă nu a fost virată în contul de garanții ... deschis la Trezoreria Municipiului ..., până la data limită de depunere a ofertelor de 01.03.2024, ora 15:00, în conformitate cu solicitările de la secțiunea III. 1.6.a) Garanție de participare din Fișa de date a achiziției”.*

Având în vedere că oferta SC ... SRL a fost declarată inacceptabilă, aceasta nu a mai fost analizată din punct de vedere tehnic și financiar, context în care apreciază că autoritatea contractantă a procedat în mod nelegal.

Contestatoarea învederează că, potrivit art. 36 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016 *„(4) Instrumentele de garantare prevăzute la art. 154 alin. (4) lit. b) din Lege se transmit în SEAP împreună cu oferta celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data ora-limită de depunere a ofertelor, 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", iar potrivit art. 1504 din Codul civil, alin. (1) *„Dacă plata se face prin virament bancar, ordinul de plată semnat de debitor vizat de institutia de credit plătitoare prezumă efectuarea plății, până la proba contrară".*

Contestatoarea susține că a solicitat și a primit de la autoritatea contractantă extrasul de cont din Trezorerie, de unde se vede că banii achitați cu ordinul de plată nr. 7/29.022024 au intrat în contul autorității contractante la data de 04.03.2024, deci nu există nicio probă contrară că acești bani nu au fost virați către autoritate și încasați de aceasta.

De asemenea, subliniază că legislația nu prevede alte condiții ce ar trebui îndeplinite pentru a se considera valabilă plata garanției de participare, astfel că, prin atașarea ordinului de plată vizat de către bancă odată cu depunerea ofertei, apreciază că a îndeplinit întocmai obligația constituirii garanției de participare.

Cu toatea acestea, consideră că, dacă autoritatea contractantă avea dubii privind plata garanției de participare, contrar prezumției instituite de lege, avea oricând la dispoziție solicitarea unei clarificări, iar în temeiul art. 1504 alin. (2) din Codul civil ar fi putut să-i pună la dispoziție o confirmare în scris a instituției de credit, care conform legii face dovada plății.

Contestatoarea apreciază că modul în care autoritatea contractantă a gestionat prezenta procedură contravine prevederilor Legii nr. 98/2016 și art. 2 din H.G. nr. 395/2016.

Având în vedere cele arătate, solicită admiterea contestației în sensul celor precizate în partea de început a prezentei decizii.

Cu adresa nr. 746/03.04.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 20418/03.04.2024, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că, în urma parcurgerii în cadrul procesului de evaluare a ofertelor, a etapei de verificare în temeiul art. 132 din H.G. nr. 395/2016, a îndeplinirii condițiilor de calificare și selecție, comisia de evaluare a constatat că ofertantul SC ... SRL nu a virat în contul de garanții al autorității suma de 1.453,75 lei reprezentând garanția de participare pentru lotul II până la data limită de depunere a ofertelor de 01.03.2024, ora 15:00, conform extras de cont de garanții din data de 01.03.2024.

Având în vedere modalitatea aleasă de contestatoare în vederea constituirii garanției de participare pentru lotul II ofertat, respectiv prin virament bancar în contul nr. … de garanții al autorității contractante, învederează că singura modalitate de verificare/certificare a existenței sumei respective la dispoziția autorității contractante la data limită de depunere a ofertelor, este consultarea extrasului de cont de garanții din data de 01.03.2024, din conținutul căruia reiese că suma de 1.45375 lei

reprezentând garanția de participare pentru lotul II nu exista în contul de garanții al autorității contractante la data limită de depunere a ofertelor.

În concluzie, suma reprezentând garanția de participare pentru lotul II a fost virată în contul de garanții la 3 zile după data limită de depunere a ofertelor.

Totodată, consideră că simpla transmitere în SEAP, împreună cu oferta, a unui ordin de plată care poate fi anulat în perioada imediat următoare după ce a fost emis (situatii întâlnite în cazul altor proceduri derulate de-a lungul timpului), nu reprezintă dovada constituirii garanției de participare până la data limită de depunere a ofertelor.

Mai mult, în condițiile impuse la nivelul secțiunii IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei din fișa de date a achiziției parte integrantă a documentației de atribuire, toate riscurile depunerii ofertei și a documentelor care o însoțesc cad în sarcina ofertantului, ca atare, acesta este responsabil de modul în care se organizează și gestionează astfel încât să depună oferta în perioada de timp acordată de autoritatea contractantă în anunțul de participare.

Totodată, învederează că în ipoteza în care ar fi obligată să accepte oferta depusă de contestatoare pentru lotul II, în conditiile în care suma reprezentând garantia de participare a fost virată în contul de garanții al autoritatii contractante la 3 zile după data limită de depunere a ofertelor, respectiv in data de 04.02.2024, ar însemna crearea în mod discreționar a unor condiții artificiale de transformare a unei oferte inacceptabile într-o ofertă conformă, lucru interzis în mod expres de lege.

O astfel de abordare este de natură a genera un avantaj evident și în același timp incorect, în favoarea contestatoarei în raport cu ceilalți participanți la procedură care au înțeles să vireze sumele aferente garanțiilor de participare până la data limită de depunere a ofertelor, conform extrasului de cont de garanții al autorității contractante din data de 01.03.2024, atașat și punctului de vedere.

Mai mult decât atât, apreciază că într-o astfel de situație s-ar încălca flagrant principiile tratamentului egal, proporționalității și nediscriminării prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aspectele prezentate mai sus și ținând cont de toate dispoziiile Legii nr. 98/2016 privind achizitiile publice, HG nr. 395/2016, Instrucțiunile și Notificările ANAP cu caracter normativ terțiar, care vin să completeze și să expliciteze metodologia de aplicare a dispozițiilor legale incidente în domeniul achizițiilor publice în spiritul legii, conținutul documentelor/adreselor enunțate mai sus, consideră că autoritatea contractantă nu poate fi obligată să admită în cadrul procedurii de atribuire o oferta inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, care nu constituie garanția de participare aferentă lotului II până la data limită de depunere a ofertelor.

În replică, contestatoarea a formulat răspuns la punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă, transmis cu adresa nr.

89/03.04.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 20539/03.04.2024, prin care solicită observarea faptului că autoritatea consemnează în raportul procedurii că această dovadă a fost prezentată, menționând ordinul de plată nr. 07/29.022024 pentru suma de 1.453,75 lei.

Totodată, învederează că autoritatea contractantă omite să menționeze că acest ordin de plată a fost atașat documentației depuse în termen, insistând că suma de bani de a ajuns efectiv în contul autorității până la data de 01.03.2024 și, totodată recunoaște că această sumă este în momentul de față în contul ei.

Aceasta consideră că, în cazul în care avea dubii cu privire la constituirea garanției de participare, autoritatea contractantă avea posibilitatea să solicite o clarificare cu privire la acest aspect, în concordanță cu art. 1504 din Codul civil.

Contestatoarea subliniază că art. 1504 din Codul civil instituie o prezumție relativă că prezentarea ordinului de plată semnat de debitor și vizat de instituția de credit plătitoare echivalează cu plata, iar prezumția se răstoarnă cu o probă contrară, probă care nu a fost făcută.

Totodată, reiterează că această sumă este în prezent în contul autorității contractante, că suma a părăsit contul societății în data de 29.02.2024, aspect care rezultă din extrasul de cont depus de autoritatea contractantă. Dacă autorității îi era teamă că această sumă, care era pe circuitul bancar la data deschiderii ofertelor, nu va ajunge în contul ei, în temeiul art. 1504 alin. (2) din Codul civil putea să solicite prezentarea unei confirmări scrise a instituției de credit, care conform legii face dovada plății.

După depunerea contestației, SC ... SRL a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de … lei, prin recipisa de consemnare nr. … din 01.04.2024, emisă de CEC BANK – Sucursala ….

Cauţiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) - (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

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

În calitate de autoritate contractantă, Liceul Special „..." ... a inițiat o procedură simplificată de atribuire a contractului de furnizare având ca obiect *«Achiziționarea alimentelor necesare desfășurării activității Cantinei Liceului Special „..."»*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 20.02.2024, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 552.806,75 -772.477,25 lei, iar criteriul de atribuire a fost *„prețul cel mai scăzut"*.

Pentru lotul 2 - „produse de panificație și derivate ale acestora”, oferta contestatoarei a fost respinsă, în etapa de verificare a garanției de participare, conform procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. 1, înregistrat cu nr. 423/04.03.2024.

În raportul procedurii nr. 686/27.03.2024, cu privire la oferta contestarei pentru lotul 2 s-a consemnat: „Inacceptabilă, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coloborat cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece ofertantul deși prezintă în SICAP semnat cu semnătură electronică OP nr. 07/29.02.2024 în valoare de 1453,75 lei, reprezentând garanția de participare pentru lotul 2, această sumă nu se regăsește în extrasul contului de garanții al autorității de la data de 01.03.2024, în concluzie, suma respectivă nu a fost virată în contul de garanții ... deschis la Trezoreria Municipiului ..., până la data de 01.03.2024 ora 15:00, în conformitate cu solicitările de la secțiunea *III.1.6 a) Garanția de participare* din Fișa de date a achiziției”.

Consiliul reține că data limită de depunerea ofertelor a fost vineri 01.03.2024 ora 15:00, iar conform procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. 1, înregistrat cu nr. 423/04.03.2024, preluat și în raportul procedurii nr. 686/27.03.2024, SC ... SRL a depus în SEAP, pentru lotul 2, în data de 29.02.2024 ora 16:18 documentul „[.../00100] OP lot2 sf maria.pdf7ps”, ca dovadă a constituirii garanției de participare.

În soluționare, Consiliul are în vedere prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016, conform cărora:

„(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.

Conform acestei norme legale, dovada constituirii garanției o constituie depunerea în SEAP a instrumentului/actului prin care a fost constituită garanția de participare. În cazul de față instrumentul respectiv este documentul „[.../00100] OP lot2 sf maria.pdf7ps”.

În legislația achizițiilor publice nu există vreo prevedere conform căreia data constituirii garanției de participare este data când efectiv suma respectivă intră în contul autorității contractante sau, altfel spus, ca la data limită de depunere a ofertelor garanția de participare să se găsească în contul autorității contractante

O astfel de prevedere nu există nici în documentația de atribuire. În acest sens, Consiliul va cita integral punctul III.1.6.a) Garanție de participare din fișa de date:

„III.1.6.a) Garanție de participare 1% din valoarea estimata a fiecărui lot.

Garantia de participare se constituie prin:

- virament bancar in cont nr. ... deschis la Trezoreria Municipiului ..., cod fiscal:...; sau,

- printr-un instrument de garantare emis de o instituţie de credit bancară, sau instituţie financiară nebancară din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii ;

Perioada de valabilitate de 120 de zile de la data limita stabilita pentru depunerea ofertei. Garantia trebuie sa fie irevocabila.

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 sa se prezinte autoritatii contractante in SICAP

– semnata cu semnatura electronica extinsa – cel tarziu pana la data/ora limita de depunere a ofertelor. Instrumentul de garantare prezentat in cazul unei asocieri de operatori economici ca dovada a constituirii garantiei de participare, trebuie sa fie emis in numele asocierii si sa cuprinda mentiunea expresa ca respectivul instrument de garantare acopera in mod solidar toti membrii asocierii cu nominalizarea acestora, emitentul instrumentulu de garantare declarand ca va plati din garantia de participare sumele prevazute de dispozitiile legale aplicabile in cazul culpei oricaruia dintre membrii asocierii.”

Consiliul mai are în vedere că autoritatea contractantă a exclus acest ofertant din procedură, fără a-i solicita în prealabil clarificări, conform art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016: „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”.

Consiliul reține că la data emiterii procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. 1, înregistrat cu nr. 423/04.03.2024, suma constituită drept garanție de particioare se afla în contul autorității contractante, din extrasul de cont aferent acestei date rezultând că documentul prin care fusese constituită garanția de participare, respectiv OP nr. 7 a fost emis în data de 29.02.2024, iar data plății a fost, de asemenea, 29.02.2024, deci anterior datei și orei limită de depunere a ofertelor, respectiv 01.03.2024 ora 15:00.

Mai mult, la data emiterii raportului procedurii nr. 686/27.03.2024, prin care s-a consfiinţit excluderea din procedura de atribuire pentru lotul 2 a ofertei depusă de SC ... SRL, pe motiv că „suma respectivă nu a fost virată în contul de garanții ... deschis la Trezoreria Municipiului ..., până la data de 01.03.2024 ora 15:00”, autoritatea contractantă avea dovada faptului că data plății garanției de participare a fost 29.02.2024.

Consiliul constată că nici în urma depunerii contestației autoritatea contractantă nu a luat măsuri de remediere, susținând că a procedat corect atunci când a respins oferta depusă de SC ... SRL pentru lotul 2.

Rezumând, Consiliul constată că motivul de respingere a ofertei contestatoarei pentru faptul că la data limită de depunere a ofertelor suma aferentă garanției de participare nu se regăsește în contul autorității contractante nu este prevăzut nici în legislația achizițiilor publice și nici în documentația de atribuire.

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu LICEUL SPECIAL „..." ..., va anula, în parte, raportul procedurii nr. 686/27.03.2024, precum și actele subsecvente, toate cu privire la evaluarea ofertei depusă de SC ... SRL și va obliga autoritatea contractantă la evaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 20 de zile de primirea deciziei.

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de procedura de contestare, ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației* – precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă, art. 452 – *partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei*.

SC ... SRL, deși a solicitat Consiliului să oblige autoritatea achizitoare la plata cheltuielilor de judecată, nu le-a indicat și nici nu a anexat la contestație vreo dovadă a întinderii și efectuării lor.

În consecință, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației se impune a fi respins.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu LICEUL SPECIAL „..." ..., anulează, în parte, raportul procedurii nr. 686/27.03.2024, precum și actele subsecvente, toate cu privire la evaluarea ofertei depusă de SC ... SRL și obligă autoritatea contractantă la evaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 20 de zile de primirea deciziei.

Respinge capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 4 exemplare, conţine 9 (nouă) pagini.