



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data:.....

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr., depusă de SC SA, cu sediul în, Str. ..., înmatriculată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr., având CUI ..., reprezentată legal prin dna. ... și convențional de Cabinet Avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat de, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de proiectare privind realizarea studiului de fezabilitate aferent obiectivului de investiții - CENTURA FERROVIARĂ A MUNICIPIULUI", cod CPV 71241000-9, s-a solicitat:

1. Anularea Adresei nr. 22650/1/10.08.2022 emisă de autoritatea contractantă prin care oferta a fost respinsă ca inacceptabilă;
2. Anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;
3. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei de la etapa verificării admisibilității acesteia.

**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 SC SA reclamă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 22650/1/10.08.2022, potrivit căruia oferta contestatorului a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. 2 lit. k) coroborat cu prevederile art. 64 alin. 3 din HG nr. 395/2016.

În fapt, contestatorul susține că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, anterior referită, autoritatea contractantă a dispus respingerea ofertei ca inacceptabilă invocând următoarele:

"(...) comisia de evaluare va respinge această ofertă ca inacceptabilă (temei art. 137 alin. 2, lit. k) din HG nr. 395/2016 coroborat cu prevederile art. 64 alin. 3 din HG nr. 395/2016), întrucât ofertei îi lipsește una dintre cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3, alin. 1 lit. hh) din Lege, iar în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu a fost prezentată dovada constituirii garanției de participare".

Ca urmare a analizării motivelor reținute de autoritatea contractantă, contestatorul susține caracterul nelegal al deciziei de respingere a ofertei raportat la dispozițiile legale incidente precum și la principiul proporționalității care guvernează materia achizițiilor publice.

Astfel, așa cum a învederat contestatorul și în răspunsul la clarificări transmis autorității contractante, ... și-a îndeplinit întocmai obligațiile legale și cele impuse prin documentația de atribuire constituind garanția de participare până la termenul limită de depunere a ofertelor, respectiv 03.08.2022, prin Scrisoarea de garanție bancară nr. 34GPL2022-3878, emisă la data de 21.07.2022, cu termen de valabilitate până la data de 01.03.2023.

Se menționează că din motive tehnice, pagina aferentă SGB-ului mai sus menționat, nu a fost încărcată în SEAP odată cu oferta (deși în OPIS era menționată scrisoarea de garanție - pct. 1), motiv pentru care autoritatea contractantă i-a transmis solicitări de clarificări privind scrisoarea de garanție, la care contestatorul a răspuns în termen, transmițând dovada constituirii acesteia conform legii, în favoarea JUDEȚULUI - CONSILIUL JUDEȚEAN

Deși contestatorul apreciază că și-a îndeplinit obligația legală de constituire a garanției de participare, autoritatea contractantă, evaluând în mod formal răspunsul la clarificări transmis, i-a adus la cunoștință faptul că oferta a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 137, alin (2) litera k) din HG 395/2016, coroborate cu prevederile art. 64 alin (3) din HG 395/2016.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat prin respingerea ofertei în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri disproporționate a autorității față de oferta sa.

Se arată că în orice procedură de achiziție publică interesează scopul urmărit de cerințele documentației de atribuire și a legislației incidente. Garanția de participare are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

În condițiile în care garanția de participare era constituită la data depunerii ofertei, este evident pentru contestator că scopul obligației legale a fost atins.

Mai mult, contestatorul susține că acceptarea depunerii instrumentului de garantare în format fizic nu poate fi susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, în condițiile în care garanția era constituită la data depunerii ofertelor.

Prin Decizia Curții de Apel nr. 754/07.04.2021 instanța de judecată a reținut următoarele:

"În practică s-a reținut faptul că „principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se ca, în cazul în care

este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-15 7/96, pet. 60). (...)

Prin urmare, autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat prin respingerea ofertei în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri disproporționate a autorității față de oferta petentei.

A considerat că atât autoritatea contractantă, cât și CNSC ar fi trebuit să țină cont de principiul proporționalității la care face trimitere art. 2 alin. 2 lit. e) din Legea nr. 98/2016 având în vedere că, decizia de respingere a ofertei petentei ca inacceptabilă/neconformă este în mod vădit disproporționată față de motivele arătate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, fiind încălcat astfel principiul proporționalității (...)"

Mai mult, contestatorul învederează că prin HG nr. 419/2018, a fost abrogat art. 137 alin (2), litera a) din HG 395/2016, care prevedea sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă în cazul în care nu s-a depus dovada constituirii garanției de participare la data-limită de depunere a ofertelor.

Prin urmare, legislația în domeniu a fost modificată nemaieexistând la acest moment un text de lege expres care să sancționeze nedepunerea în format fizic a SGB-ului, până la termenul limită de depunere a ofertelor, prin respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Inclusiv ANAP, prin punctele de vedere transmise, a susținut că lipsa depunerii instrumentului de garantare în format fizic nu poate constitui motiv de respingere a ofertei, în condițiile în care operatorul economic și-a îndeplinit obligația legală de a constitui garanția de participare la procedură și astfel de a proteja entitatea contractantă de orice risc și/sau comportament neadecvat al operatorului economic:

„Din coroborarea prevederilor art. 36 alin. (2) cu cele ale alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, garanția de participare trebuie constituită în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzută în documentația de atribuire și se prezintă autorității contractante cel mai târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor. Totodată, potrivit dispozițiilor art. 132 alin. (4) ale aceluiași act normativ sus-menționat, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se clarifică 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. În speța dată, în vederea verificării conformității documentelor depuse de către singurul ofertant participat la procedură, comisia de evaluare a constatat lipsa dovezii constituirii garanției de participare de către respectivul operator economic, deși în cadrul Opisului depus documentul era menționat. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă ofertantului respectiv, acesta din urmă susține că a încărcat dovada constituirii garanției de participare în S.E.A..P conform cerințelor din fișa de date, invocând în acest sens incidența unei posibile „erori de sistem/altă cauză” privind imposibilitatea vizualizării documentului de către autoritatea contractantă. Mai mult, ofertantul în cauză a anexat, totodată, răspunsului la solicitarea de clarificări adresată acestuia de autoritatea contractantă, și documentul care

probează constituirea garanției de participare în data de 25.05.2018, respectiv la o dată anterioară datei limită de depunere a ofertelor stabilită în documentele achiziției (05.06.2018), ceea ce demonstrează în cazul de față că operatorul economic a fost de bună credință în ceea ce privește intenția acestuia de a respecta cerințele prevăzute în fișa de date cu privire la constituirea garanției de participare. Pe cale de consecință, având în vedere datele speței analizate prin prisma prevederilor legale aplicabile, în cazul în care se confirmă, prin clarificările aduse de ofertant, că acesta îndeplinește toate condițiile/cerințele de formă (ex: quantum, valabilitate) prevăzute în documentele achiziției cu privire la constituirea garanției de participare, apreciem că scopul pentru care a fost solicitată garanția, respectiv de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire (art. 35 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016), este atins și prin urmare, nu devine incidentă în această situație declararea ofertei operatorului economic în discuție ca fiind inacceptabilă, și implicit anularea procedurii".

Astfel, în condițiile în care contestatorul a constituit garanția de participare în termen (21.07.2022) și a probat acest lucru prin răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă în SEAP în data de 03.08.2022, acesta opinează că decizia de respingere a ofertei sale este vădit nelegală, disproporționată și, mai mult, are drept efect restrângerea nejustificată a concurenței între operatorii economici.

Inclusiv autoritatea contractantă a considerat că se impune solicitarea de clarificări pentru lămurirea acestei situații, având obligația de a lua în considerare răspunsul transmis de contestator, prin care a făcut dovada constituirii garanției de participare.

Contestatorul este de părere că prin aplicarea sancțiunii respingerii ofertei ca inacceptabilă, autoritatea contractantă a încălcat dispoziții legale exprese din legea achizițiilor publice precum și decizii de practică pronunțate atât la nivel național cât și comunitar prin care sunt statuate principiul bunei-credințe și principiul proporționalității.

Concluzionând, contestatorul solicită Consiliului să constate caracterul netemeinic și nelegal al măsurilor adoptate de către autoritatea contractantă și, în consecință, să dispună admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr., ... a formulat Punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SA, solicitând respingerea contestației ca nefondată, pentru următoarele:

În fapt, la data de 03.08.2022 ora 15:00, comisia de evaluare a trecut la inventarierea ofertelor depuse în SEAP, fapte consemnate în procesul verbal de inventariere a ofertelor înscrise, înregistrat cu nr. 22.017/03.08.2022, proces verbal care a fost postat în SEAP la data de 04.08.2022, ora 09:35.

În cadrul ședinței de inventariere a ofertelor, comisia de evaluare accesând documentele postate în SEAP de către S.A., a constatat inexistența dovezii care demonstrează constituirea garanției de participare.

Având în vedere prevederile art. 132 alin (3) din HG 395/2016, "(3) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lese, 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 ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă", coroborat cu prevederile art. 134 alin (1) și (3) din HG 395/2016, "(1) 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 acestuia.

(...)

(3) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum 1 zile lucrătoare", la data de 03.08.2022 ora 15:45 comisia de evaluare, prin intermediul SEAP a solicitat ofertantului S.A. următoarele clarificări: "Întrucât în cadrul documentelor postate în SEAP nu a fost regăsită dovada garanției de participare, SOLICITAM să indicați fișierul și pagina unde este depusă în SEAP, dovada garanției de participare, așa cum este solicitat în cadrul documentației postate."

Contestatarul la data de 04.08.2022 ora 08:21 a răspuns solicitărilor comisiei de evaluare, prin intermediul SEAP, în cadrul căruia specifica:

"Buna ziua. În cadrul documentelor de calificare, conform OPIS, la pagina 1 am prezentat scrisoarea de garanție bancară nr. 34GPL2022-3878 emisă la 21.07.2022 cu termen de valabilitate până la 01.03.2022, pe care o retransmitem atașată. Vă mulțumim și rămânem la dispoziția dumneavoastră pentru orice alte detalii sau informații privind oferta noastră" la care anexează scrisoarea de garanție bancară nr. 34GPL2022-3878 emisă la 21.07.2022, document care nu a fost postat în SEAP la termenul limită de depunere al ofertelor (03.08.2022 ora 15:00).

Autoritatea contractantă susține că nu poate reține explicațiile prezentate, întrucât în folderul postat în SEAP la data de 03.08.2022, ora 10:17 sub denumirea "[...] Documente de calificare_Centura feroviara ...@03.08.2022.pdf.p7s" , la pagina 1 se regăsește OPISUL, de la pag. 2 până la pag.7 se regăsește DUAE SA, etc.

Ținând cont de cerințele documentației de atribuire, respectiv cerințele fișei de date, cap.III.1.6) Depozite valorice și garanții solicitate: subcapitolul III.1.6.a) Garanție de participare: "Cuantum de 50.000 lei, perioada de valabilitate minim 6 luni de la termenul limită de primire a ofertelor stabilit în anunțul de participare. Forma de constituire a garanției de participare: conform art. 36 din HG 395/2016, cu ultimele completări și modificări. În cazul viramentului bancar, viramentul se va face în contul R071TREZ6215006 XXX000339 deschis la Trezoreria Mun., beneficiar cod fiscal Echivalenta pentru o garanție de participare depusă în altă valută, se va face la cursul BNR la data publicării anunțului de participare în SEAP. Garanția trebuie să fie irevocabilă. 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 ofertantului. Dovada garanției de participare se va depune în

SEAP, semnată cu semnătură electronică extinsă, până la data și ora-limită de depunere a ofertelor. În cazul depunerii de oferte în asociere, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici.

Neprezentarea acesteia odată cu oferta atrage după sine respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) litera k) din HG 395/2016, cu ultimele completări și modificări Garanția de participare se restituie în condițiile art. 38 din HG 395/2016, cu ultimele completări și modificări", autoritatea contractantă afirmă că nu poate accepta documentul transmis de METROLUL S.A. în cadrul răspunsului la clarificări, întrucât i s-ar crea un avantaj față de ceilalți participanți la procedură, fapt interzis de legislația în vigoare privind achizițiile publice, respectiv de prevederile art. 209 alin (2) din Legea 98/2016 "(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă subliniază faptul că în conformitate cu prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016 „riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”, neîncărcarea, în SICAP, în termenul legal, a garanției de participare este culpa exclusivă a contestatoarei, culpă ce nu poate fi invocată potrivit adagiului latin „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă).

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă susține că își menține decizia de respingere a ofertei contestatorului ca fiind inacceptabilă (temei art 137 alin (2) litera k) din HG 395/2016 coroborat cu prevederile art. 64 alin. (3) din HG 395/2016), întrucât ofertei îi lipsește una dintre cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Lege, iar în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu a fost prezentată dovada constituirii garanției de participare (art. 64 alin. (3) din HG 395/2016).

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr., SC SA formulează Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care învederează următoarele:

Autoritatea contractantă face trimitere la dispozițiile art. 132 alin. 3 și art. 134 alin. 1 și 3 din HG nr. 395/2016, însă, deși a solicitat clarificări, aceasta nu a dat eficiență obligațiilor impuse de legiuitor prin textele de lege referite, care ar fi trebuit să determine autoritatea să accepte răspunsul formulat de

În acord cu dispozițiile legale, contestatorul susține că demersurile de clarificare/completare lămurirea unei oferte, nu pot fi considerate avantaje în favoarea unui anumit ofertant ci o îndeplinire corespunzătoare a atribuțiilor legale și o verificare detaliată și amănunțită a ofertei, relevante în acest sens fiind dispozițiile art. 134 alin. 1 din HG nr. 395/2016.

Se menționează că dreptul reglementat de legiuitor în favoarea autorității contractante de a solicita clarificări și lămuriri prin textele de lege enunțate anterior, "nu poate fi interpretat în sensul că autoritatea contractantă poate să-și exercite în mod discreționar prerogativa legală, aceasta, în condițiile în care alege să nu își exercite acest drept, trebuind să motiveze împrejurarea că unui anumit ofertant/candidat sau tuturor acestora

nu le este solicitată clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate", așa cum corect a reținut Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor într-o speță similară.

Practica CNSC este unanimă în a sancționa abuzurile autorităților contractante care își îndeplinesc obligațiile legale privind solicitarea de clarificări doar în mod formal fără a urmări în fapt lămurirea aspectelor ce sunt în divergență raportat la înscrisurile/răspunsurile transmise de ofertanți.

Se arată că interesul oricărei autorități contractante este de a se edifica asupra situației reale privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor documentației de atribuire și nu de a căuta motive formale de respingere a ofertelor.

Astfel, potrivit prevederilor legislative anterior menționate și potrivit principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, contestatorul afirmă că autoritățile contractante au obligația de a solicita clarificări și de a accepta toate documentele relevante care pot determina o decizie corectă.

Contestatorul susține că prin Decizia Curții de Apel nr. 754/07.04.2021 instanța de judecată a reținut următoarele:

"În practică s-a reținut faptul ca „principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat si necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se ca, în cazul în care este posibila o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie sa fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotararea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union si alții, C-157/96, pet. 60). (...)

Prin urmare, autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat prin respingerea ofertei în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri disproporționate a autorității față de oferta petentei.

A considerat că atât autoritatea contractantă, cât și CNSC ar fi trebuit să țină cont de principiul proporționalității la care face trimitere art. 2 alin. 2 lit. e) din Legea nr. 98/2016 având în vedere că, decizia de respingere a ofertei petentei ca inacceptabilă/neconformă este în mod vădit disproporționată față de motivele arătate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, fiind încălcat astfel principiul proporționalității (...)"

Considerentele deciziei pronunțată de instanța de judecată reprezintă aplicarea Deciziei T- 195/08 pronunțată de Tribunalul Luxemburg prin care s-a mai reținut faptul că "(...) revine, în definitiv, Tribunalului sarcina de a stabili dacă răspunsurile unui candidat la o cerere de clarificări prezentată de autoritatea contractantă pot fi calificate drept precizări cu privire la conținutul ofertei respectivului candidat sau dacă răspunsurile menționate depășesc acest cadru si modifică substanța ofertei în raport cu condițiile prevăzute în caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea Esedra/Comisia, punctul 49 de mai sus, punctul 52)".

În opinia contestatorului a susține și aprecia că depunerea unui document în format fizic, constituit anterior depunerii ofertelor, reprezintă o modificare substanțială a ofertei, este eminamente greșit și contrar legii.

Prin urmare, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu a aplicat în mod corect dispozițiile art. 134 alin. 1 din HG nr. 395/2016, în condițiile în care textul de lege prevede obligația comisiei de evaluare de a

stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte.

În fapt, prin răspunsul transmis, contestatorul susține că nu a făcut decât să confirme faptul că și-a îndeplinit obligația de a constitui instrumentul de garantare conform dispozițiilor legale:

Articolul 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.

Articolul 36

(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii, astfel:

(...)

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

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

Astfel, contestatorul opinează că și-a îndeplinit toate obligațiile contractuale privind constituirea garanției de participare, anterior depunerii ofertei.

Prin urmare, contestatorul este de părere că depunerea dovezii constituirii garanției de participare prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu poate determina apariția unui avantaj evident în favoarea sa, așa cum gresit afirmă autoritatea contractantă.

De altfel, contestatorul precizează că prin HG nr. 419/2018, a fost abrogat art. 137 alin (2), litera a) din HG 395/2016, care prevedea sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă în cazul în care nu s-a depus dovada constituirii garanției de participare la data-limită de depunere a ofertelor.

Prin urmare, legislația în domeniu a fost modificată nemaexistând în acest moment un text de lege expres care să sancționeze nedepunerea în format fizic a SGB-ului, până la termenul limită de depunere a ofertelor, prin respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Contestatorul afirmă că în speță, nu sunt aplicabile prevederile art. 137 alin. 2 lit. k) din HG nr. 395/2016, așa cum în mod greșit susține autoritatea contractantă.

În fapt, contestatorul face mențiunea că textele de lege invocate de autoritatea contractantă nu sunt aplicabile motivului reținut în susținerea deciziei de respingere a ofertei, în condițiile în care instrumentul de garantare nu este o componentă a ofertei așa cum este aceasta definită la art. 3 alin. 1 lit. hh) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, potrivit art. 36 alin. 4 din HG nr. 395/2016 *"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".*

Din acest text de lege rezultă cu evidență că instrumentul de garantare nu face parte din componentele ofertei, motiv pentru care contestatorul apreciază că decizia autorității nu are susținere legală, textele de lege invocate nefiind aplicabile speței de față.

Astfel, prin aplicarea sancțiunii respingerii ofertei ca inacceptabilă, autoritatea contractantă a încălcat dispoziții legale exprese din legea achizițiilor publice precum și decizii de practică pronunțate atât la nivel național cât și comunitar prin care sunt statuate principiul bunei-credințe și principiul proporționalității.

Mai mult, în condițiile în care contestatorul a constituit garanția de participare înainte de termenul limită de depunere a ofertelor (21.07.2022 vs 03.08.2022) și a probat acest lucru prin răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă în SEAP în data de 03.08.2022, acesta susține că decizia de respingere a ofertei are drept efect restrângerea nejustificată a concurenței între operatorii economici.

Contestatorul învederează că nu a probat constituirea cauțiunii la data depunerii ofertei.

Conform Procesului-verbal de evaluare nr. 2 din data de 10.08.2022 comisia de evaluare a reținut următoarele:

"Întrucât până la data prezentei si urmare a verificărilor realizate la Serviciul Financiar Contabilitate, cu privire la virarea banilor transferați de către SWS Engineering în contul de garanții stipulat în documentația de atribuire, la această dată valoarea de 10.000 lei nu există în contul stipulat în fișa de date conform extraselor de cont din data de 3.08.2022 și respectiv 4.08.2022, rugăm a verifica și prezenta dovada că aceștia au fost virăți în contul autorității contractante".

De asemenea, conform aceluiași Proces-verbal, viramentul bancar este din data de 3.08.2022, data depunerii ofertelor.

Prin urmare, contestatorul reține că la data depunerii ofertelor, Asocierea nu deținea dovada constituirii cauțiunii, în condițiile în care, contravaloarea acesteia nu era transferată în contul de garanții, fapt confirmat explicit de autoritatea contractantă.

Astfel, contestatorul observă că Asocierea mai sus-menționată nu a constituit garanția de participare, prezentând la data depunerii ofertei doar un document formal, prin care nu se confirmă constituirea garanției în contul deschis în acest sens de autoritatea contractantă.

Prin urmare, susținerea autorității din adresa de respingere a ofertei contestatorului, conform căreia, acceptarea depunerii instrumentului de garantare ca urmare a solicitării de clarificări ar crea un avantaj societății, este vădit neîntemeiată în opinia acestuia, în condițiile în care ofertantul nu avea constituită garanția de participare la data depunerii ofertei.

Se arată că SA a constituit garanția de participare anterior depunerii ofertei, fiind transmisă odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări doar dovada constituirii.

În același timp, așa cum a reținut chiar autoritatea contractantă, ofertantul nu constituise garanția de participare la data depunerii ofertei, dovada constituirii fiind ulterioară depunerii ofertei ca urmare a solicitării de clarificări transmisă chiar de autoritatea contractantă.

Se menționează că în practica bancară, transferurile efectuate din conturile deschise de operatorii economici la băncile comerciale, către conturile de trezorerie ale autorităților publice, nu sunt procesate în aceeași zi, sumele tranzacționate fiind vizibile cel mai devreme în prima zi lucrătoare ulterior efectuării transferului.

Contestatorul reține că Asocieria a constituit o parte din garanția de participare la procedură (10.000 lei) printr-un virament bancar efectuat chiar la data depunerii ofertelor - 03.08.2022. Autoritatea contractantă confirmă prin Procesul-verbal nr. 2 că nici la data de 4.08.2022 nu era constituită garanția de participare, lipsind suma de 10.000 lei din contul indicat în acest sens în documentația de atribuire, deși, în mod formal, documentul de transfer a fost depus odată cu oferta.

Or, contestatorul susține că situația sa este diferită, în sensul în care, garanția de participare a fost constituită încă din data de 21.07.2022, lipsind doar dovada constituirii care, dintr-o eroare tehnică, nu a fost încărcată în SEAP.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a respins oferta, care a constituit garanția de participare, dar, în aceeași timp a declarat admisibil un ofertant care la data depunerii ofertei nu avea constituită garanția de participare.

În acest context, se apreciază de contestator că respingerea ofertei sale este de natură a încălca inclusiv principiul tratamentului egal dar mai ales conduce la restrângerea artificială a concurenței.

Pentru motivele învederate mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate caracterul netemeinic și nelegal al măsurilor adoptate de către autoritatea contractantă și, în consecință, să dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată, cu reevaluarea ofertei de la etapa de evaluare DUAE.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., SC SA depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., emisă de, în valoare de ... RON, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de proiectare privind realizarea studiului de fezabilitate aferent obiectivului de investiții - CENTURA FERROVIARĂ A MUNICIPIULUI", cod CPV 71241000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SICAP, anunțul de participare nr. ... criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate - preț”.

În Procesul-verbal nr. 22650/10.08.2022, privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, s-a consemnat depunerea a 3 oferte, admisibilitatea a 2 oferte și respingerea ofertei contestatorului ca fiind inacceptabilă.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere a ofertei ca inacceptabilă, comunicată prin adresa nr. 22650/10.08.2022, SC SA a depus contestația în cauză, ce formează obiectul dosarului nr. ...

Pe fondul contestației formulate de SC SA, Consiliul retine următoarele:

Potrivit adresei nr. 22650/1/10.08.2022, prin care ofertantului SC SA i s-a comunicat respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 137 alin (2) litera k) din HG 395/2016, coroborate cu prevederile art. 64 alin (3) din HG 395/2016, motivul invocat a fost neprezentarea, odata cu oferta, a dovezii care demonstrează constituirea garanției de participare.

Consiliul retine ca potrivit fișei de date, cap.III.1.6) Depozite valorice și garanții solicitate: subcapitolul III.1.6.a) s-au prevazut următoarele:

„a) Garanție de participare: "Cuantum de 50.000 lei, perioada de valabilitate minim 6 luni de la termenul limită de primire a ofertelor stabilit în anunțul de participare. Forma de constituire a garanției de participare: conform art. 36 din HG 395/2016, cu ultimele completări și modificări. În cazul viramentului bancar, viramentul se va face în contul R071TREZ6215006 XXX000339 deschis la Trezoreria Mun., beneficiar cod fiscal Echivalenta pentru o garanție de participare depusă în altă valută, se va face la cursul BNR la data publicării anunțului de participare în SEAP. Garanția trebuie să fie irevocabilă. 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 ofertantului. Dovada garanției de participare se va depune în SEAP, semnată cu semnătură electronică extinsă, până la data și ora-limită de depunere a ofertelor. În cazul depunerii de oferte în asociere, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici.

Neprezentarea acesteia odată cu oferta atrage după sine respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) litera k) din HG 395/2016, cu ultimele completări și modificări Garanția de participare se restituie în condițiile art. 38 din HG 395/2016, cu ultimele completări și modificări".

Conform documentelor aflate la dosarul cauzei, dovada garanției de participare depusa de SC SA nu a fost incarcata in SEAP semnată cu semnătură electronică extinsă, până la data și ora-limită de depunere a ofertelor asa cum s-a solicitat, in oferta fiind doar o mentiune despre garantia de participare in opisul documentelor de calificare.

Consiliul admite ca, de facto, SC SA avea constituita garantia de participare anterior datei limită de depunere a ofertelor, ca motivatia este legata de o chestiune formala, dar formularea extrem de explicita din fișa de date a achizitiei (Neprezentarea acesteia (dovada garanției de participare) odată cu oferta atrage după sine respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) litera k) din HG 395/2016) obliga autoritatea contractanta sa nu poata admite completarea documentelor cu acest act fara a-si incalca propria documentatie.

Solicitarea de clarificare pe aceasta tema (***"Întrucât în cadrul documentelor postate în SEAP nu a fost regăsită dovada garanției de participare, SOLICITAM să indicați fișierul și pagina unde este depusă în SEAP, dovada garanției de participare, așa cum este solicitat în cadrul documentației postate."***), din motivele expuse mai sus, nu

permitea completarea ofertei cu documentul lipsa ci avea doar scop de verificare a situatiei in care dovada garantiei de participare ar fi fost totusi incarcata in SEAP.

Consiliul retine totodata că în conformitate cu prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016 *„riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”*, iar neîncărcarea, în SICAP, în termenul legal, a dovezii garanției de participare este culpa exclusivă a contestatoarei, culpă ce nu poate fi invocată potrivit pricipiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”* (nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă).

Astfel, in concluzie, Consiliul apreciaza ca neglijenta ofertantului, chiar daca este minora, a obligat autoritatea contractanta la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, in caz contrar aceasta s-ar fi pus in situatia incalcarii unei prevederi explicate a propriei documentatii.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.