C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 582/13.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36030/16.09.2019, formulată de ..., cu sediul în ..., având Cod Unic de Înregistrare fiscală RO... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal prin ..., privind procedura de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru încheierea acordului-cadru de furnizare având ca obiect „APARAT PENTRU DETERMINAREA PREZENȚEI ÎN SALIVĂ A SUBSTANȚELOR STUPEFIANTE”, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, și:

- anularea comunicării rezultatului procedurii, în ceea ce privește respingerea ofertei depusă de ..., și reevaluarea ofertelor depuse în aplicarea procedurii, raportat la cerințele din documentația de atribuire, a motivelor menționate în contestație, și emiterea unui nou rezultat;
- anularea procedurii, dacă nu pot fi luate măsuri de remediere;
- audierea - depunerea de concluzii oral în fata completului de soluționare (Consiliului), în susținerea contestației;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor suportate de promovarea contestației.

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

Prin contestația depusă, ... apreciază ca tendențioasă și abuzivă evaluarea ofertei sale, care a fost respinsă, în baza

prevederilor art. 35 alin. (1) și (2), art. 36 alin. (4), art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, și ca neprofesionistă a celorlalte oferte, în condițiile în care oferta sa a fost întocmită cu respectarea solicitărilor documentației de atribuire și a prevederilor legale aplicabile în materie.

Contestatoarea susține că operatorii economici nu puteau și nu aveau cum depune garanția de participare (nici când și unde se prezintă această garanție de participare), deoarece, în fișa de date a achiziției, cap. III. 1.6) Depozite valorice și garanții solicitate: III. 1.6. a) Garanție de participare, nu se menționează cuantumul garanției de participare, acesta nefiind specificat nici în vreo erată sau solicitare de clarificare, conform dispozițiilor art. 35 din HG nr. 395/2016. De asemenea, conform documentației de atribuire, nu se cunoaște valoarea celui mai mare contract subsecvent, ci numai valoarea întregului acord-cadru.

În această situație, contestatoarea a considerat că, dacă în cadrul procedurii nu apare valoarea garanției de participare, aceasta nu a fost solicitată.

În opinia contestatoarei, în situația în care autoritatea contractantă avea neclarități cu privire la modalitatea de constituire a garanției de participare, trebuia să facă aplicarea prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, iar nu să-i respingă oferta, în baza unui formalism excesiv și tendențios.

Astfel, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a asigura condițiile pentru a se putea justifica și proba calificarea și conformitatea ofertei, evaluarea realizată înregistrând abateri de la cadrul legal, toate acestea datorându-se unei analize lacunare din partea membrilor comisiei de evaluare.

Prin adresa nr. 204.874/1/SAP/18.09.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 36626/18.09.2019, și adresa nr. 204.874/2/SAP/20.09.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 37146/23.09.2019, autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație, precizând următoarele:

Autoritatea contractantă susține că a răspuns tuturor solicitărilor de clarificări, însă nicio solicitare de clarificări nu a făcut obiectul garanției de participare.

În ceea ce privește operatorul economic ..., autoritatea contractantă arată că, urmare a faptului că nu a regăsit instrumentul de garantare pentru participarea la procedura de atribuire, comisia de evaluare i-a solicitat acestuia o clarificare, în acest sens, iar ofertantul, prin adresa nr. 201.862/1/SAP/RC/1/SAP/RC din 23.07.2019, a răspuns că „Vă rugăm să ne precizați suma care trebuie depusă ca și "Garanție de Participare" (dacă este cazul), având în vedere că în conținutul fișei de date a licitației sau oricărui

alt document atașat, NU AM REGĂSIT NICĂIERI nici cuantumul în lei și nici procentul din valoarea totală estimată a achiziției, a garanției de participare". Cel de-al doilea ofertant, ..., a depus garanția de participare, în cuantumul maxim prevăzut la alin (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Drept urmare, având în vedere prevederile art. 35 alin. (1) și (2), art. 36 alin. (4), art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a constatat că operatorul economic nu a respectat cerința nr. III. 1.6) Depozite valorice și garanții solicitate, III.1.6.a) Garanție de participare, din fisa de date, și nici nu a solicitat clarificări înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, referitoare la cuantumul garanției de participare. Motivele respingerii ofertei depuse de ... au fost completate în SEAP, la o dată anterioară finalizării evaluării etapei de calificare/tehnică, deci anterior datei de 06.09.2019.

Având în vedere că, din sumarul achiziției, nu reiese data și ora la care au fost comunicate motivele respingerii operatorului economic, autoritatea contractantă s-a adresat Agenției pentru Agenda Digitală a României, prin solicitarea din data de 20.09.2019, pentru a-i fi comunicate data și ora exactă la care a fost operată în SEAP respingerea ofertei contestatoarei, la care urmează să primească răspuns.

Luând in considerare faptul că, fără urmă de îndoială, motivele respingerii ofertei depuse de ... au fost postate în SEAP înainte de data de 06.09.2019, iar data depunerii contestației este 17.09.2019, autoritatea contractantă constată că aceasta a fost depusă tardiv.

Totodată, autoritatea contractată precizează că nu a primit contestația, fiind informată de existența unei contestații ca urmare corespondenței CNSC. (adresa nr. ....).

Prin adresele nr. ... și nr. ..., în temeiul art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul pune în discuția părților, din oficiu, excepția tardivității contestației, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 3 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, la data adresei nr. 201.862/1/SAP/RC (23.07.2019), emisă de ..., prin care s-a luat la cunoștință despre obligația depunerii garanției de participare, și la data transmiterii contestației (13.09.2019), solicitând punctul de vedere cu privire la excepția invocată.

... transmite punct de vedere, prin adresele nr. 589/23.09.20109 și nr. 590/23.09.20109, înregistrate la Consiliu cu nr. 37302/23.09.2019, solicitând respingerea excepției tardivității contestației, ca neîntemeiată și nefundamentată, având în vedere următoarele:

- în cuprinsul solicitării de clarificări nr. 201862/1/SAP/RC, autoritatea contractantă nu face vreo referire la valoarea garanției,

precizând doar: „... comisia de evaluare a constatat faptul că nu a fost regăsit instrumentul de garantare pentru participarea cu ofertă la procedura de atribuire, astfel se solicită clarificarea acestui aspect ....”;

- prin adresa nr. 571 (răspuns solicitări de clarificări), s-a transmis autorității contractante un răspuns concludent, respectiv:

„... Vă rugăm să ne precizați suma care trebuie depusă ca și "Garanție de Participare" (dacă este cazul), având în vedere că în conținutul fișei de date a licitației sau oricărui alt document atașat, NU AM REGĂSIT NICĂIERI nici cuantumul în lei și nici procentul din valoarea totală estimată a achiziției, a garanției de participare....”;

- s-a așteptat un răspuns din partea autorității contractante, până în data de 12.09.2019, când, întâmplător, s-a aflat, din catalogul SICAP, că oferta a fost respinsă, pe motiv că nu s-a constituit garanția de participare. Autoritatea contractantă insistă pe art. 36 din Legea nr. 395/2016, dar "uită" să citeze art. 35, care spune că trebuia să precizeze în fișa de date "valoarea" garanției de participare;

- nu s-a primit nicio notificare (în scris, pe e-mail, pe fax, prin poștă) de la autoritatea contractantă privind decizia de respingere a ofertei;

- de asemenea, nu s-a primit nicio notificare/mesaj din partea platformei de achiziții publice www.e-licitatie.ro, administrată de ..., nici prin sistem și nici prin e-mail;

- contestația către autoritatea contractantă a fost transmisă prin curier rapid, FAN, cu AWB 5256977390007, în data de 13.09.2019, și predată către autoritatea contractantă în data de 16.09.2019.

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

... a inițiat procedura de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „APARAT PENTRU DETERMINAREA PREZENȚEI ÎN SALIVĂ A SUBSTANȚELOR STUPEFIANTE”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind drept criteriu de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea estimată a acordului-cadru ce urmează a fi încheiat este de 2.588.234,60 lei, fără TVA.

Prin Încheierea nr. ..., s-a respins solicitarea ... de suspendare a procedurii organizată de către ....

Consiliul constată că ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205749135/1 din data de 20.09.2019, în cuantum de 12.942,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., prevăzută de art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Restituirea acestei cauțiuni se va face în condițiile art. 61^1 alin. (5) și următoarele din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin prezenta contestație, ... formulează critici cu privire la motivul de respingere a ofertei sale, respectiv faptul că nu a depus garanție de participare la procedura de atribuire, respingere de care a aflat din SEAP în data de 12.09.2019, neprimind nicio comunicare din partea autorității contractante, susținând că, prin documentația de atribuire nu a fost precizat cuantumul garanției de participare, ci numai durata de valabilitate, că prin adresa de solicitare de clarificări nr. 201862/1/SAP/RC/23.07.2019 nu i s-a precizat valoarea garanției de participare și că, prin adresa de răspuns nr. 571, și-a arătat disponibilitatea de a depune respectiva garanție de participare, dacă autoritatea contractantă va preciza suma necesară.

Având în vedere că autoritatea contractantă nu a prezentat dovezi din care să rezulte data la care ar fi putut contestatoarea să ia la cunoștință despre motivul de respingere a ofertei sale (adresa AADR precizează data respingerii, nu data informării contestatoarei), Consiliul respinge excepția tardivității contestației formulate de ..., invocată de autoritatea contractantă.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a precizat nici în anunț, nici în fișa de date a achiziției, cuantumul garanției de participare, nerespectând prevederile art. 35 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv ”Anunțul de participare/simplificat/de concurs trebuie să conţină următoarele informații privind constituirea garanției de participare: a) valoarea, ce nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de achiziţie publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent”, limitându-se doar la precizarea duratei de valabilitate și a modului de prezentare în fișa de date a achiziției.

Consiliul nu poate primi, în soluționare, susținerea autorității contractante conform căreia a lăsat la latitudinea operatorilor economici stabilirea acestui cuantum în limitele legale, aceștia având dreptul de a solicita clarificări cu privire la documentația de atribuire în cazul existenței unor nelămuriri, deoarece, pe de o parte, precizarea cuantumul garanției de participare reprezintă o obligație legală a autorității contractante, în cazul în care această decide să ceară garanție de participare, neprecizarea acestuia fiind mai degrabă o dovadă a lipsei acestei intenții, iar, pe de altă parte, prin explicația dată, autoritatea contractantă se obligă să accepte orice valoare a garanției de participare, prevederea legală incidentă stabilind un maxim valoric ce poate fi solicitat de către autoritatea contractantă, un operator economic având dreptul de a depune o garanție de participare mai mare.

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a comunicat contestatoarei nici în adresa de solicitare de clarificări, nici ca urmare a solicitării acesteia, un cuantum al garanției de participare, încălcând astfel, prin modul de evaluare abordat, principiul transparenței și principiul proporționalității, principii ce stau la baza atribuirii contractelor/acordurilor cadru de achiziție publică, eroarea sa fiind cea care a generat situația neclară care a condus la respingerea ofertei contestatoarei.

Consiliul, reținând disponibilitatea exprimată de contestatoare de a depune garanția de participare, în condițiile în care autoritatea contractantă precizează un cuantum legal, constată că există posibilitatea de remediere a procedurii de atribuire din acest punct de vedere, respectiv prin solicitarea adresată contestatoarei de a prezenta garanție de participare într-un cuantum stabilit de autoritatea contractantă cu respectarea prevederilor legale incidente, fără ca această măsură să încalce, în opinia Consiliului, în raport cu ceilalți ofertanți, scopul și principiile enunțate la art. 2 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și alin. (5) 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 urmează să admită contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, va anula procesul verbal nr. 201.832/4/SAP/RC/28.08.2019 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la reluarea procedurii de atribuire, de la etapa verificării garanției de participare prin solicitarea adresată contestatoarei de a prezenta garanție de participare în cuantum de până la 6.471 lei, conform prevederilor art. 35 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

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

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

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, anulează procesul verbal nr. 201.832/4/SAP/RC/28.08.2019 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la date primirii prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la reluarea procedurii de atribuire, de la etapa verificării garanției de participare prin solicitarea adresată contestatoarei de a prezenta garanție de participare în cuantum de până la 6.471 lei, conform prevederilor art. 35 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.