

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 nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., cu sediul în mun..... nr...., sector..., înmatriculată la... al... cu nr...., având cod unic de înregistrare..., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii simplificate, emis de către „...”..., cu sediul în mun..... de..., Bd...., nr...., et....., în calitate de entitate contractantă, în cadrul atribuirii contractului având ca obiect: „...” - cod..., s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr...., publicat în SEAP în data de... și a documentelor care îl însoțesc, prin care i se aduce la cunoștință faptul că oferta sa este inacceptabilă;
- anularea tuturor actelor subsecvente raportului procedurii nr...., publicat în SEAP în data de..., emise de entitatea contractantă, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, cu toate consecințele ce decurg din această măsură;
- anularea comunicării rezultatului procedurii nr.... / 1...8/..., publicată în SEAP în data de... prin care oferta sa este considerată inacceptabilă;
- obligarea entității contractante la reluarea evaluării și analizarea ofertei sale tehnice și financiare de la etapa verificării admisibilității acesteia.

În luarea deciziei **CONSILIUL**, legal învestit, a avut în vedere următoarele:

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., al cărui conținut se regăsește integral și poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[SCN1... /...088] document0....pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP, formulată de..., contestatorul solicită cele

prezentate în partea introductivă a prezentei decizii. În prealabil, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt. Referitor la motivul de respingere invocat de entitatea contractantă, respectiv, faptul că oferta sa este inacceptabilă, deoarece „nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia”, întrucât nu este însoțită de dovada constituirii garanției de participare, contestatorul subliniază, făcând trimitere la prevederile art.... din HG nr. 395/2016, că, chiar și fără a avea o solicitare de clarificări, viramentul inițial a fost efectuat în data de..., respectiv, cu o zi înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, iar, constatând ulterior eroarea produsă, în data de... a efectuat un nou virament bancar în contul indicat în fișa de date. Având în vedere rezultatul verificărilor efectuate de către comisia de evaluare, contestatorul apreciază că decizia acesteia de sancționare a sa, este nelegală. Mai mult, apreciază că, prin evaluarea corectă a ofertei sale, se protejează atât interesul său, cât și cel al entității contractante.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite notă de precizări și completări, privind îndreptarea de eroare materială cu privire la dispozițiile legale menționate în cuprinsul contestației, solicitând Consiliului să analizeze motivele de nelegalitate invocate prin contestația inițială prin prisma normelor corecte ale Legii nr. 99/... și ale HG nr. 394/2016.

Prin adresa nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., entitatea contractantă transmite punctul său de vedere față de contestația formulată de..., solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată și menținerea deciziei de respingere a ofertei contestatorului, cu consecința menținerii tuturor deciziilor și înscrisurilor entității contractante. Entitatea contractantă face o scurtă prezentare a situației de fapt, iar, față de criticile aduse de contestator, susține că, în temeiul art. 42 alin. (4) și (7) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare a verificat modul de îndeplinire a cerinței din fișa de date a achiziției, secțiunea III punctul I.6.a) privind constituirea garanției de participare la procedură, constatând că oferta depusă de... nu este însoțită de dovada constituirii garanției de participare, respectiv faptul că suma... pe care acesta a pretins că a constituit-o în favoarea entității contractante, nu a fost virată în contul acesteia (RO35BTRL0...T68084XX).

Având în vedere cele prezentate, precizează că, în conformitate cu prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, oferta acestuia este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia. Din punctul său de vedere, motivele invocate de contestator sunt neîntemeiate, deoarece, la data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor, respectiv..., garanția de participare nu era constituită în condițiile expres prevăzute de documentația de atribuire, neregăsindu-se în contul entității contractante suma care trebuia depusă cu titlul de garanție.

Menționează că, efectuarea unui nou transfer la data de... (fără nicio explicație), la câteva zile după termenul limită de depunere a ofertelor...,

confirmă chiar poziția entității contractante, în sensul că, operatorul economic însuși a apreciat că transferul inițial nu producea efectele urmărite de documentația de atribuire și că era necesară constituirea garanției în contul corect.

Raportat la termenul-limită de depunere a ofertelor, respectiv, data de..., moment în care s-a constatat lipsa garanției în contul entității contractante, față de momentul în car, e comisia a analizat detaliat aspectele ofertelor, DUAЕ-urile și documentele de calificare, respectiv, data de..., subliniază că aceasta reprezintă doar data semnării/ emiterii procesului-verbal standard nr.... și nu începutul efectiv al verificării garanțiilor.

Susține că, în speță, constatarea faptului că nu exista garanție de participare depusă în contul entității contractante a avut loc imediat după termenul limită de depunere a ofertelor, respectiv....

Prin adresa nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., entitatea contractantă transmite dosarul achiziției.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr....., transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din... în cuantum de..., eliberată de....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

... .., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...”.

Procedând la soluționarea contestației depuse de..., Consiliul reține că acesta critică faptul că oferta depusă a fost considerată inacceptabilă, conform adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr...., deoarece, „nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării si prezentării acesteia”, întrucât, nu este însoțită de dovada constituirii garanției de participare, astfel cum a fost prevăzut în fișa de date, respectiv contravaloarea garanției de participare nu a fost virată în contul indicat.

Se reține, în soluționare, faptul că... a efectuat plata garanției de participare prin virament bancar în sumă de... cu o zi înainte de data-limită de depunere a ofertelor (...) indicând în ordinul de plată, la rubrica explicații, numărul anunțului simplificat aferent prezentei proceduri de achiziție, dar dintr-o eroare a indicat contul instituției „...” SA - București în loc de cel al....

Consiliul reține că modalitatea de constituire a garanției de participare a fost indicată în fișa de date, parte a documentației de atribuire, la poz. III.....a) Garanție de participare:

„În valoare totala de...u echivalent lei/ alta valuta la cursul stabilit de BNR înainte cu 6 zile de data limita stabilita pentru depunerea ofertelor, valabila 3 luni de zile de la termenul limita de depunere a ofertelor, va fi constituita conform art. 42 din HG 394/2016 cu modificările si completările ulterioare.

Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii. Garanția de participare trebuie să fie irevocabilă și să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

Instrumentul de garantare sau ordinul de virament se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor; Instrumentul de garantare trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a autorității/entității contractante, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

În cazul viramentului bancar, plata se va realiza în contul RO35BTRL0...T68084XX, deschis la...;

Ofertele care nu sunt însoțite de dovada constituirii garanției de participare în forma, valoarea și pentru perioada solicitată vor fi respinse. Dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora limită depunere a ofertelor”.

Consiliul reține, ca fiind relevante, prevederile art. 41 alin. (1) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora, scopul constituirii garanției de participare este protejarea entității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

Se reține, în soluționarea cauzei, că operatorul economic... a efectuat plata garanției de participare prin virament bancar în sumă de..., indicând în ordinul de plată, la rubrica explicații, numărul anunțului simplificat aferent prezentei proceduri de achiziție, respectiv SCN1..., fiind încărcat în sistemul SEAP, înainte de termenul limită de depunere a ofertelor.

În același timp, se constată că beneficiarul sumei depuse este „...” SA - București și nu SRTFC..., chestiune care trebuia să facă aplicarea din partea entității contractante a dispozițiilor art. 138 alin. **(3) din HG nr. 394/2016, care stipulează:**

„În condițiile art. 228 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 neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă”.

Potrivit textului legal mai sus iterat, comisia de evaluare are obligația de a solicita ofertanților clarificări raportat la neconcordanțele referitoare la beneficiarul sumei plătite în contul indicat prin documentația de atribuire, cu titlu de garanție de participare și, doar în cazul în care aceștia din urmă nu răspund sau nu se conformează solicitării, poate respinge ofertele, ca inacceptabile.

Sub acest aspect, Consiliul reține că... Regională de... de... este o sucursală a „...” S.A., lipsită de personalitate juridică proprie, astfel încât, suma virată de... a intrat în patrimoniul aceleiași persoane juridice în favoarea căreia trebuia constituită garanția de participare. Prin urmare, neconcordanța constatată de comisia de evaluare privește exclusiv contul bancar în care s-a efectuat viramentul, iar nu existența, quantumul ori valabilitatea garanției de participare, ceea ce confirmă

caracterul formal al deficienței și obligația entității contractante de a solicita clarificări în condițiile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016.

Or, este evident că membrii comisiei de evaluare nu au ținut cont, în cazul de față, de aceste prevederi legale, procedând la respingerea ofertei fără clarificarea situației în discuție prin raportare la scopul pentru care s-a inițiat procedura de atribuire, respectiv semnarea contractului de achiziție publică; tocmai acesta ar fi fost rolul solicitării de clarificări în cazul de față, respectiv, de a lămuri anumite neconformități/erori/omisiuni ale ofertei contestatorului, respectiv, ale beneficiarului garanției de participare depusă de acesta.

În acest sens, prin modul de analiză și de evaluare, comisia de evaluare trebuia să aibă certitudinea că oferta respinsă nu asigură respectarea cerințelor enunțate în documentele achiziției, fiind eliminate orice inadvertențe nesemnificative, precum și să confere securitate juridică sporită deciziei sale prin solicitarea de clarificări, motivate, prin raportare la prevederile documentelor achiziției și la prevederile legale.

Pe cale de consecință, deși în speța de față puteau fi clarificate, în mod simplu, anumite aspecte legate de garanția de participare depusă de contestator, prin solicitarea de clarificări, ca măsură de rezolvare facilă a unor neclarități, comisia de evaluare a luat o decizie contrară, fiind încălcat, în mod evident, și principiul proporționalității măsurilor adoptate, care impunea analiza ofertei prin raportare atât la scopul achiziției, cât și la scopul garanției de participare și nu la interpretări excesiv de formaliste.

Concluzionând, contrar susținerilor entității contractante, sancționarea unei oferte cu respingerea, ca inacceptabilă, nu reprezintă o măsură ad-hoc, ce intervine după constatarea/aprecierea formală că, în cuprinsul unei secțiuni a ofertei nu se regăsesc informațiile indicate de entitatea contractantă, ci, apare exclusiv în măsura în care toate informațiile cuprinse în ofertă au fost analizate și evaluate în ansamblul lor, dezideratul entității contractante fiind desemnarea drept câștigătoare a unei oferte care satisface întregul set de cerințe, independent de formalismul construirii și organizării conținutului ei.

Rigurozitatea și rolul activ în evaluarea ofertelor nu trebuie să conducă la o evaluare formală și excesivă a ofertelor sub imperiul unui formalism exagerat, ci trebuie analizate din prisma interesului general de utilizare a fondurilor publice alocate; entitatea contractantă este obligată să examineze ofertele în ansamblul lor și să nu dea dovadă de un formalism excesiv în considerarea conformității, pornind de la indicarea în documentația de atribuire a unui anumit format al secțiunilor ofertei. Este de interes a se reține și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, are ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egală măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai... pronunțată de...:

„Este adevărat că dispozițiile legale enunțate, ca și dispozițiile art.... din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, dar acest drept trebuie exercitat cu bună-credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice, iar nu discreționar. Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanță, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile”.

În hotărârea pronunțată în cauza C-131/16, CJUE a reținut următoarele aspecte:

*„Principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva.../17/CE a... și a Consiliului din 31 martie... de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea **contractantă** să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau **să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o** aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere.”*

Raportat la jurisprudența invocată, Consiliul subliniază că, în speță, nu se pune problema depunerii, ulterior termenului-limită, a unui document lipsă din ofertă, întrucât, acesta a efectuat plata garanției anterior datei-limită de depunere a ofertelor, iar, indicarea eronată a contului beneficiarului constituie o eroare materială vădită, susceptibilă de îndreptare pe calea..., fără ca aceasta să poată fi asimilată depunerii unei noi oferte. În aceste condiții, Consiliul nu poate reține, ca întemeiat, motivul de respingere a ofertei contestatorului, deoarece, declararea ofertei acestuia, ca inacceptabilă, este doar rezultatul interpretării eronate de către entitatea contractantă a prevederilor legale

privind evaluarea ofertelor, pe fondul unui formalism excesiv al comisiei de evaluare.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare și evaluarea propunerilor tehnice în conformitate cu criteriile de atribuire, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. b) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu un formalism excesiv raportat la prevederile documentației de atribuire și legislația incidentă și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este fondată, urmând să fie admisă.

Pentru motivele de fapt și de drept reținute anterior, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, va admite contestația formulată de... în contradictoriu cu „...”..., va anula raportul procedurii în partea aferentă respingerii ofertei contestatorului și actele subsecvente și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de... cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferente prezentei, în termen de 10 zile de la comunicarea deciziei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A...

...:

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu „...”..., anulează raportul procedurii în partea aferentă respingerii ofertei contestatorului și actele subsecvente și obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de... cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferente prezentei, în termen de 10 zile de la comunicarea deciziei.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a...
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
...

...
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practica deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.