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. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la CNSC sub nr...., depusă de..., cu sediul în..... nr....., înregistrată la Oficiul... sub nr...., având..., reprezentată legal de administrator..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire în referire lotul 1, comunicat cu Adresa nr....., privind procedura simplificată, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Contracte servicii suport pentru aplicațiile .... - 2 loturi", cod..., de către ....., cu sediul în mun..... nr...., sector..., în calitate de autoritate contra*cta*ntă, s-a solicitat:

1. anularea Comunicării privind rezultatul procedurii nr....;
2. anularea Raportului final al Procedurii nr...., în partea referitoare la evaluarea ofertei...;
3. anularea actului prin care oferta... a fost declarată inacceptabilă;
4. anularea tuturor actelor subsecvente;
5. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei..., cu luarea în considerare a tuturor înscrisurilor privind constituirea garanției de participare;
6. continuarea procedurii cu respectarea prevederilor Legii nr. 98/... și HG nr. 394/2016.

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 ofertantul... atacă rezultatul procedurii de atribuire, privind lotul 1, referitor la faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, solicitând cele de mai sus.

Contestatorul arată că a constituit garanția de participare, în cuantumul solicitat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, prin ordinul de plată nr.... emis la data de..., anterior termenului- limită de depunere a ofertelor, respectiv....

Operațiunea bancară a fost procesată de banca emitentă (...) în data de..., suma de... fiind debitată din contul... și destinată expres contului ....., cu mențiunea „garanție participare licitație .....".

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a apreciat că garanția nu ar fi fost constituită, întrucât suma nu figura încă în extrasul de cont al beneficiarului, la momentul verificării, declarând oferta contestatorului inacceptabilă.

Contestatorul apreciază că respingerea ofertei sale ca inacceptabilă pentru pretinsa neconstituire a garanției de participare reprezintă o măsură excesivă și contrară principiilor care guvernează achizițiile publice, având în vedere circumstanțele concrete ale cauzei.

În opinia contestatorului, obligația de a constitui garanția de participare a fost îndeplinită înainte de expirarea termenului-limită, iar întârzierea creditării contului autorității contractante nu îi poate fi imputabilă și nu poate constitui, în sine, un motiv suficient pentru excluderea acestuia din procedură, în condițiile în care toate diligențele rezonabile au fost îndeplinite pentru constituirea garanției anterior termenului-limită.

Așadar, contestatorul opinează că eventualele întârzieri produse în circuitul bancar sau în sistemul... nu pot fi imputate operatorului economic, iar recomandarea autorității contractuale privind efectuarea plății cu 2-3 zile înainte reprezintă o sugestie, iar nu o obligație imperativă. Autoritatea contractantă nu poate transforma ulterior această recomandare într-o condiție de admisibilitate a ofertei.

Prin urmare, contestatorul solicită constatarea caracterului nelegal al deciziei de respingere a ofertei și anularea acesteia, cu obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Cu adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă formulează punct de vedere la contestația depusă de..., solicitând respingerea acesteia, ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii la lotul 1, ca fiind temeinic și legal.

Autoritatea contractantă menționează că, în cadrul documentației de atribuire, la secțiunea „Instrucțiuni pentru participanți", a stabilit o regulă clară, transparentă și imperativă: *În cazul în care opțiunea de constituire a garanției de participare este prin virament bancar, sugestia autorității este de a-l efectua cu minim 2/3 zile înainte de data deschiderii ofertelor. [...] Garanția de participare este corect constituită doar dacă la data deschiderii ofertelor, suma solicitată se află efectiv în contul instituției publice.*

La deschiderea ofertelor, din data de..., Comisia de evaluare a procedat la verificarea extrasului contului de garanții al ..... (IBAN: ....) deschis la... 3. Suma de..., reprezentând garanția de participare a..., nu se afla efectiv în contul autorității contractante.

Pentru a asigura o verificare riguroasă, comisia a reanalizat extrasul de cont emis de Trezorerie și în data de... (pentru operațiunile din...), dar suma tot nu figura ca încasată.

Pe cale de consecință, în deplină concordanță cu legislația achizițiilor publice și cu normele stabilite în Fișa de Date, comisia de evaluare a declarat oferta... ca fiind inacceptabilă, aspect consemnat în Procesul-verbal intermediar nr...., Procesul-verbal final nr.... și în Raportul final nr.....

În opinia autorității, constituirea valabilă a garanției presupune încasarea efectivă în contul autorității la data deschiderii ofertelor. Simpla inițiere a ordinului de plată nu reprezintă o „constituire".

Apreciază că contestatorul susține în mod eronat că obligația lui s-a stins și garanția a fost „constituită" în momentul debitării contului său comercial în data de.... Această interpretare golește de conținut textul legii, care potrivit art. 42 alin. (4) din Anexa la HG nr. 394/2016 (”și normele gemene din HG nr. 395/2016”), garanția de participare se prezintă autorității cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor.

Se menționează că în cazul viramentului bancar, instrumentul de garantare nu este hârtia (Ordinul de Plată), ci fondurile bănești indisponibilizate în contul beneficiarului. Până când suma nu intră în contul..., autoritatea Contractantă nu deține nicio garanție reală, neputând executa un instrument care nu a fost creditat.

Riscul circuitului interbancar și al decontării prin... aparține în exclusivitate ofertantului, care are datoria de a manifesta diligență maximă. ..... a avertizat expres operatorii în Documentația de Atribuire asupra timpului relativ de procesare interbancară. Inițierea plății duminică..., pentru o procedură cu scadență luni..., la ora 15:..., reprezintă o asumpție riscantă din partea ofertantului.

Autoritatea precizează că în data de..., la ora 12: 59 (ulterior deschiderii ofertelor), administratorul... a transmis un e-mail către Președinta Comisiei de Evaluare, atașând extrasul propriu de cont și solicitând textual: În cazul în care *nu regăsiți plata în extrasul ....., vă rugăm să amânați evaluarea conformității ofertei ..... luând în calcul numărul de zile necesar trezoreriei de care aparțineți să transfere banii către contul .....*

Consideră că solicitarea contestatorului este vădit nelegală, a sista evaluarea, la cererea expresă a unui ofertant, în scopul de a aștepta ca un viciu major al ofertei sale (lipsa garanției) să se remedieze în mod retroactiv, reprezentând o discriminare directă față de ceilalți participanți.

Autoritatea contractantă depune, cu adresa înregistrată la CNSC sub nr...., copia dosarului achiziției, în format electronic, pe suport memory stick.

Cu adresa nr...., înregistrată la CNSC cu nr...., contestatorul depune Răspuns la întâmpinarea autori*tății c*ontractante prin care solicită respingerea apărărilor acesteia ca fiind neîntemeiate și, pe cale de consecință, admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC cu nr...., autoritatea contractantă depune Notă de ședință în care soli*cită înlăturarea* susținerilor formulate de contestator prin Răspunsul la întâmpinare, ca fiind neîntemeiate, și, în consecință, respingerea contestației.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr..... a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., emisă de..., în valoare de..., potrivit dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...".

... procedurii nr...., s-a consemnat, pentru lotul 1, depunerea a 2 oferte, respingerea acestora, precum și anularea procedurii, privind atribuirea lotului 1.

Împotriva respingerii ofertei sale, rezultat al procedurii de atribuire aferent lotului 1, consemnat în Adresa nr..... și în Raportul procedurii nr..... a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr.....

Consiliul are în vedere că disputa privește existența unui drept absolut al autorității contractante, de a respinge direct oferta care nu ar fi, aparent, însoțită de dovada constituirii garanției de participare, ca rezultat al aplicării regulii din cuprinsul documentației de atribuire, secțiunea „Instrucțiuni pentru participanți", respectiv creditarea contului achizitorului cu suma de interes, la data limită de ofertare: *În cazul în care opțiunea de constituire a garanției de participare este prin virament bancar, sugestia autorității este de a-l efectua cu minim 2/3 zile înainte de data deschiderii ofertelor. [...] Garanția de participare este corect constituită doar dacă la data deschiderii ofertelor, suma solicitată se află efectiv în contul instituției publice.*

Contestatorul opune autorității contractante prevederile art.... alin. (3) din Normele metodologice, aprobate prin HG nr. 395/2016: *În condițiile 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 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.*

Din analiza modului de derulare a procedurii de atribuire, Consiliul constată că analiza pe fond a existenței unei garanții de participare nu a fost asigurată de autoritatea contractantă.

În primul rând, instrucțiunea emisă de autoritatea contractantă, cu privire la posibilitatea înaintării garanției de participare prin plata directă/pe baza unui virament bancar/ordin de plată, evocată de părți, nu elimină obligația de efectuare a verificărilor impuse prin Hotărârea de Guvern evocată.

În plan secund, plata efectivă a sumei de interes, asigură autorității contractante un avantaj suplimentar, raportat la analiza caracterului ferm și irevocabil al garanției, fiind la dispoziția sa direct, pe durata de valabilitate a ofertei, spre deosebire de situațiile alternative, care privesc posibilitatea acoperirii acestei garanții în condiții precum cele enumerate și prin propria instrucțiune: *b) instrumente de garantare emise în condițiile legii astfel: (i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat; (ii) scrisori de garanție...(iii) asigurări de garanții etc.*

Consiliul are în vedere, de asemenea, că autoritatea contractantă avea, cu mult anterior datei de stabilire a rezultatului definitiv al respingerii ofertei, cel puțin un început de dovadă al constituirii garanției de participare, la inițiativa ofertantului contestator, care i-a comunicat dovada că, la..., orele

09: 15, în contul Trezoreriei a fost virată suma aferentă plății efectuate la data de....

Efectivitatea plății în cauză, care reflectă existența sumei la dispoziția instituției publice plătitoare încă dinainte de deschiderea ofertelor (..., orele 15:...), este proba fără dubiu că autoritatea contractantă nu poate justifica, pertinent, absența demersurilor de clarificare a situației faptice, conform cu regulile sus evocate, adică, solicitarea informațiilor de certitudine, în termen de o zi lucrătoare de la data deschiderii ofertelor.

De altfel, autoritatea contractantă nu face proba că, contrar susținerilor contestatorului, nu ar fi avut la dispoziție, pe durata procesului de analiză a ofertelor din competiție (lot 1), garanția de participare a acestuia, pentru a dispune, la..., respingerea ofertei... (prin raportul procedurii).

Astfel, respingerea ofertei contestatorului s-a bazat, exclusiv, pe o apreciere formală a absenței dovezilor de plată în condițiile stabilite prin documentația de atribuire, dar fără a se efectua demersul de clarificare minimală a situației de fapt.

Raportat și la caracteristicile specifice procedurii de atribuire în analiză, care este lipsită de complexitate, dar și la absența vreunor constrângeri efective de timp, privind evaluarea ofertelor, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu avea motive întemeiate să refuze remedierea situației de fapt consemnate în procesul-verbal nr.... din..., privind respingerea ofertei contestatorului.

Drept consecință, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de..., în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii nr.... și adresa de comunicare a rezultatului, ca act subsecvent, în privința respingerii ofertei contestatorului, pentru Lotul 1, urmând a obliga la continuarea procesului de evaluare, prin verificarea deținerii garanției de participare/solicitarea informațiilor specifice, în 10 zile de la primirea deciziei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de..., în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura inițiată cu anunțul de participare simplificat nr.....

Anulează raportul procedurii nr.... și adresa de comunicare a rezultatului, ca act subsecvent, în privința respingerii ofertei contestatorului, pentru Lotul 1.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de evaluare, conform motivării de mai sus, în 10 zile de la primirea deciziei.

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.