

D E C I Z I E
BO2012_0404
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■/26.01.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/27.01.2012, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■ și CUI ■, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin actul nr. ■/23.01.2012, emis de ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „SF conducta de aducțiune apă potabilă ■”, cod CPV 71241000-9, s-a solicitat anularea deciziei de respingere a ofertei depuse de SC ■ SRL și anularea întregii proceduri de atribuire, întrucât autoritatea contractantă, prin deciziile asumate, a încălcat legislația care reglementează atribuirea contractelor publice.

Prin contestația nr. ■/27.01.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/27.01.2012, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■ și CUI ■, împotriva Procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ■/23.01.2012, emis de ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat anularea procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, precum și a întregii proceduri de atribuire.

În temeiul art. 273 al. 1 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, cele două contestații au fost conexe.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite contestațiile formulate de SC ■ SRL și SC ■ SRL, ambele în contradictoriu cu ■.

Dispune anularea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC ■ SRL a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin actul nr. ■/23.01.2012, emis de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „SF conducta de aducțiune apă potabilă ■”, cod CPV 71241000-9, solicitând anularea deciziei de respingere a ofertei depuse de SC ■ SRL și anularea întregii proceduri de atribuire, întrucât autoritatea contractantă, prin deciziile asumate, a încălcat legislația care reglementează atribuirea contractelor publice.

Contestatorul precizează că oferta sa a fost respinsă pe baza neconfirmării prin extrasul de cont a constituirii garanției de participare, în valoare de ■ lei, în conformitate cu cerințele fișei de date și a legislației în vigoare.

Contestatorul susține că a respectat prevederile documentației de atribuire și a constituit garanția de participare prin ordinul de plată nr. ■ din 20.01.2012, în sistem urgent, prin Banca ■, Sucursala ■.

Având în vedere acest aspect, contestatorul consideră că autoritatea contractantă era obligată să confirme viramentul bancar prin extras de cont la data și ora deschiderii ofertelor.

De asemenea, contestatorul susține că din extrasul de cont al Trezoreriei Municipiului ■ reiese faptul că autoritatea contractantă nu a respectat criteriile enunțate prin fișa de date a achiziției, în ceea ce privește dovada constituirii garanției de participare la data deschiderii ofertelor și de asemenea nu a prezentat în mod justificat motivul excluderii SC ■ SRL.

Față de aspectele prezentate, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 86 al. 6 din HG 925/2006 și principiile stipulate de OUG 34/2006, motiv pentru care solicită admiterea contestației în sensul formulat.

SC ■ SRL a formulat contestație împotriva Procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ■/23.01.2012, emis de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând anularea procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, precum și a întregii proceduri de atribuire.

Contestatorul precizează că, în conformitate cu documentația de atribuire, cap. VI.3) – Garanția de participare, „pentru a fi considerată îndeplinită cerința privind constituirea sub această formă a garanției de participare este obligatoriu ca la data deschiderii ofertelor, viramentul bancar să fie confirmat prin extrasul de cont al autorității contractante”.

De asemenea, contestatorul menționează că motivul respingerii ofertei sale, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, a fost lipsa garanției de participare, întrucât “nu este confirmat în extrasul de cont ridicat de la Trezoreria ■, în 23.01.2012”.

Față de acest aspect, contestatorul susține că extrasul de cont prezentat de autoritatea contractantă în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor este la 20.01.2012 și nu la data deschiderii ofertelor, respectiv 23.01.2012, fapt ce nu corespunde cu ceea ce autoritatea contractantă a menționat atât în documentația de atribuire cât și în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor.

Contestatorul consideră că prin folosirea unui extras care nu corespunde cerinței din documentația de atribuire pe care însăși autoritatea contractantă a ținut să o aleagă, aceasta a încălcat prevederile documentației de atribuire.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 86 din HG 925/2006, precum și pe cele ale art. 2 al. 2 din OUG 34/2006, motiv pentru care solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ■ SRL, comunicat prin Adresa nr. ■/07.02.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/08.02.2012, ■, în calitate de autoritate contractantă, precizează că, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, președintele comisiei de evaluare a verificat garanțiile de participare depuse de ofertanții participanți la procedură, având în vedere specificațiile din fișa de date a achiziției cu privire la modul de constituire a garanției de participare.

Garanțiile de participare fiind constituite prin virament bancar, președintele comisiei de evaluare a solicitat Serviciului Contabilitate din cadrul ■, extrasul de cont al autorității contractante, obținut de la Trezoreria ■, în 23.01.2012. Ca urmare, Serviciul Contabilitate a furnizat, în 23.01.2012, extrasul de cont livrat în 21.01.2012 de către Trezoreria Municipiului ■.

Autoritatea contractantă precizează că a decis să respingă oferta depusă de SC ■ SRL deoarece, la data deschiderii ofertelor, nu a fost confirmat prin extrasul de cont viramentul bancar reprezentând garanția de participare în contul ■.

Autoritatea contractantă menționează că viramentul bancar efectuat de contestator în 20.01.2012, ora 17:50 este confirmat în extrasul de cont al autorității contractante din 24.01.2012 (la o zi după deschiderea ofertelor), eliberat acesteia în 25.01.2012.

Considerând că procedura de atribuire s-a derulat în conformitate cu normele legale referitoare la achizițiile publice și cu respectarea cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SC ■ SRL, ca fiind nefondată.

În punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ■ SRL, comunicat prin Adresa nr. ■/07.02.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/08.02.2012, ■, în calitate de autoritate contractantă, reiterează argumentele formulate în punctul de vedere cu privire la contestația depusă de SC ■ SRL și susține că, în virtutea aplicării principiului

tratamentului egal, a respins toate ofertele pentru care nu au fost confirmate, prin extrasul de cont la 23.01.2012, efectuarea viramentelor bancare reprezentând garanția de participare.

Față de aspectele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SC ■ SRL, ca fiind nefondată.

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

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „SF conducta de aducțiune apă potabilă ■”, cod CPV 71241000-9. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în ■.12.2011 invitația de participare nr. ■, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de către cei doi contestatori, Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de motivul care a condus la respingerea ofertelor depuse de SC ■ SRL și SC ■ SRL, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor.

În calitate de participanți la procedură, contestatorii au primit Procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ■/23.01.2012, din conținutul căruia reiese că ofertele depuse de SC ■ SRL și SC ■ SRL au fost respinse pe motivul lipsei/neconformității garanției de participare, respectiv în extrasul de cont ridicat de către autoritatea contractantă de la Trezoreria ■, în 23.02.2012, nu a fost confirmată plata garanției de participare.

Potrivit prevederilor art. 16 al. 2 din Legea 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, cu modificările și completările ulterioare, *„Întreprinderile mici și mijlocii beneficiază de reduceri cu 50% pentru criteriile legate de cifra de afaceri, de garanția pentru participare și de garanția de bună execuție, cerute în achizițiile publice de produse, lucrări și servicii”*.

Consiliul reține că SC ■ SRL și SC ■ SRL fac parte din categoria întreprinderilor mici și mijlocii, în aceste condiții beneficiind de 50% reducere la garanția pentru participare.

Având a verifica temeinicia motivului care a stat la baza deciziei de respingere a ofertelor depuse de SC ■ SRL și SC ■ SRL, Consiliul constată următoarele:

În fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în discuție, la cap. VI – Prezentarea ofertei, pct. VI.3 – Garanția de participare, autoritatea contractantă a consemnat îndeplinirea următoarelor cerințe obligatorii pentru operatorii economici participanți:

„Ofertantul va constitui o garanție pentru participare în cuantumul de ■ lei, în una din următoarele forme:

a) instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări (model de scrisoare de garanție bancară în formular nr. 2), în original. (...)

b) Garanția poate fi constituită și prin virament bancar în următorul cont: ■ deschis la Trezoreria municipiului ■, cod fiscal ■.

Pentru a fi considerată îndeplinită cerința privind constituirea sub această formă a garanției de participare, este obligatoriu ca la data deschiderii ofertelor viramentul bancar să fie confirmat prin extrasul de cont al autorității contractante. În caz contrar, oferta va fi respinsă la deschidere.”

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerința în discuție, Consiliul constată că aceasta în cadrul procedurii în cauză a ales să uzeze de dreptul său de a se proteja prin impunerea ofertanților să își constituie garanții de participare potrivit prevederilor legale. Prevederile legale în domeniu sunt exprese și imperative astfel legiuitorul a stabilit la art. 86 al. 6 din HG 925/2006 momentul până la care se poate depune această garanție de participare în situația în care autoritatea contractantă alege să se protejeze față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al unui ofertant pe perioada de derulare a procedurii, respectiv *„în orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor”* în speță această dată a fost stabilită de către autoritatea contractantă ca fiind 23.01.2012 orele 11:00. De la aceste prevederi legale și imperative, nici autoritatea contractantă și nici operatorii economici nu pot face derogări ulterioare prin impunerea în cadrul documentației de atribuire a altor termene sau condiții potrivit principiilor de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”* și *„nemo censetur ignorare legem”*.

Examinând documentele aflate la dosar, Consiliul reține că cei doi operatori economici contestatori au depus garanția de participare, după cum urmează:

- SC ■ SRL – Ordin de plată nr. ■, din 20.01.2012, ora 17:50, în cuantum de ■ lei, reprezentând garanția de participare la procedura de achiziție publică în cauză, așa cum reiese din extrasul de cont emis de Banca ■, din 23.01.2012, pe perioada 20.01.2012 – 20.01.2012;

- SC ■ SRL - Ordin de plată nr. ■, din 20.01.2012, în cuantum de ■ lei, reprezentând garanția de participare la licitație pentru procedura în cauză, sumă virată în contul deschis de către autoritatea contractantă la Trezoreria ■, eliberat de ■ Agenția ■.

Analizând extrasul de cont în baza căruia autoritatea contractantă a decis respingerea ofertelor depuse de SC ■ SRL și SC ■ SRL, Consiliul constată că acesta a fost emis la data de 20.01.2012 ora 12:33 PM și nu la data deschiderii ofertelor, respectiv 23.01.2012, ora 11:00.

De asemenea, Consiliul reține că, ulterior ședinței de deschidere a ofertelor, prin adresele nr. ■/23.01.2012 și respectiv nr. ■/23.01.2012, SC ■ SRL și SC ■ SRL au solicitat autorității contractante extrasul de cont care a stat la baza deciziei de respingere a ofertelor depuse de către acestea.

Autoritatea contractantă a răspuns societății SC ■ SRL prin adresa nr. ■/24.01.2012, transmițând extrasul de cont emis de către Trezoreria ■ în 23.01.2012, ora 02:45 PM, în care se evidențiază suma depusă de SC ■ S.R.L în cuantum de ■ lei, reprezentând garanția de participare la această procedură.

Totodată, prin adresa nr. ■/24.01.2012, autoritatea contractantă a răspuns societății SC ■ SRL, transmițându-i extrasul de cont din 24.01.2012, ora 02:17 PM, unde este evidențiată suma depusă de către SC ■ SRL, în cuantum de ■ lei, reprezentând garanția de participare la această procedură.

Sușinerile exprimate de către autoritatea contractantă în punctul de vedere trimis Consiliului, conform cărora „*extrasul de cont din 20.01.2012 este cel pe care îl deține autoritatea contractantă la data deschiderii ofertelor, 23.01.2012, ora 11*”, nu pot fi reținute de Consiliu în soluționare ca fiind edificatoare, pe de o parte deoarece respectarea cerinței exprese privitoare la prezentarea garanției de participare, din documentația de atribuire este obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru fiecare dintre ofertanții participanți ce trebuiau să o îndeplinească la data deschiderii ofertei, respectiv „*este obligatoriu ca la data deschiderii ofertelor viramentul bancar să fie confirmat prin extrasul de cont al autorității contractante*”, iar pe de altă parte, așa cum a fost mai sus reținut, cei doi operatorii economici au efectuat plata garanției de participare în data de 20.01.2012, iar la data deschiderii ofertelor banii erau la dispoziția autorității contractante.

Față de aspectele prezentate, acțiunea autorității contractante de a respinge ofertele depuse de SC ■ SRL și SC ■ SRL nu este judicioasă, atâta vreme cât operatorii economici în cauză au constituit garanția de participare în conformitate cu prevederile cuprinse în documentația de atribuire, respectiv plățile, reprezentând contravaloarea garanției de participare, au fost efectuate în 20.01.2012 și apar consemnate în extrasul de cont al autorității contractante din 23.01.2012 și respectiv 24.01.2012, ca fiind operate în contul autorității contractante în 20.01.2012.

Argumentul conturat de către autoritatea contractantă în favoarea deciziei de a respinge ofertele în cauză, respectiv „Deci, extrasul de cont din 20.01.2012 este cel pe care îl deține autoritatea contractantă la data deschiderii ofertelor, 23.01.2012, ora 11, deoarece pentru instituția noastră ora de prezentare la ghișeele trezoreriei este 10:30 a fiecărei zi lucrătoare, potrivit Convenției încheiate între Trezoreria și

Contabilitatea Publică a mun. ■ și ■ (autoritatea contractantă), pe care o anexăm în copie. Operațiunile efectuate prin trezorerie în ziua curentă nu sunt finalizate până la această ora pentru a putea fi editat extrasul de cont, ca urmare se livrează extrasul de cont al autorității contractante pentru ziua anterioară” nu poate fi reținut de Consiliu, atâta vreme cât așa cum a fost mai sus reținut cei doi contestatori au efectuat plata garanției de participare înăuntrul termenului solicitat de către comisia de evaluare, simpla mențiune că extrasul de cont din 20.01.2012 este cel pe care îl deține autoritatea contractantă la data deschiderii ofertelor nefiind judicioasă în cauză, interpretul acestui înscris nu trebuie să-l considere o unealtă oarbă care aplică litera înscrisului nesocotindu-i spiritul și nici cineva care se substituie voinței operatorului economic. El trebuie să promoveze unitatea dintre literă și spirit, în scopul realizării efectelor juridice. Din înscrisurile analizate și reținute mai sus, Consiliul determină faptul că cei doi operatori economici și-au îndeplinit obligațiile referitoare la garanția de participare. Mai mult, examinând extrasul de cont în discuție, care a stat la baza deciziei de respingere a ofertelor depuse de cei doi operatori economici, Consiliul constată că extrasul de cont este editat la 20.01.2012, ora 12:38 PM, fiind relevante în soluționare susținerile SC ■ SRL, respectiv „(...) extrasul de cont este editat la 20.01.2012, ora 12:38 pm, adică înainte de ora la care se termină operațiunile în trezorerie, ceea ce înseamnă că de fapt, în realitate, soldul este cel de la 20.01.2012, dar nu reflectă toate operațiunile efectuate în trezorerie în 20.01.2012 cu privire la acest cont”.

Contrar celor raționate de autoritatea contractantă în punctul de vedere formulat cu privire la contestația depusă, „(...) mijlocul la dispoziția autorității contractante de a verifica îndeplinirea condiției confirmării ordinului de plată de către bancă până la data deschiderii ofertelor era constituit de verificarea intrării prin extrasul de cont din 20.01.2012 a sumei reprezentând garanția de participare” autoritatea contractantă nu a evaluat sub aspectul îndeplinirii cerinței referitoare la garanția de participare, în mod obiectiv întrucât așa cum a fost mai sus reținut, extrasul de cont în discuție a fost editat la 20.01.2012, ora 12:38 PM, neavând consemnate toate operațiunile efectuate în trezorerie în 20.01.2012 și nici pe cele din data de 23.01.2012, având în vedere obligația instituită de prevederile art. 86 al. 6 din HG 925/2006, care dispun în mod expres și imperativ că *„În orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor”*.

Așadar autoritatea contractantă trebuia să depună toate diligențele și să se asigure, până la data stabilită pentru deschiderea ofertelor, respectiv 23.01.2012, ora 11:00, dacă cei doi operatori economici au efectuat plata reprezentând contravaloarea garanției de participare, în condițiile stabilite în documentația de atribuire.

Potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” autoritatea contractantă nu poate invoca propria culpă ca motiv al nerespectării propriei documentații de atribuire.

De asemenea, autoritatea contractantă trebuia să respecte principiile expres reglementate la art. 2 al. 2 din OUG 34/2006 respectiv cel al nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumarea răspunderii, raportat la faptul că operatorii economici contestatori au depus garanția de participare în condițiile stabilite prin documentația de atribuire.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, evocată anterior, la dispozițiile legale amintite, Consiliul reține că aceasta s-a desfășurat cu nerespectarea prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, comisia de evaluare analizând ofertele prezentate, fără să țină seama de propriile cerințe expres menționate în documentația de atribuire.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. 2 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestațiile formulate de SC ■ SRL și SC ■ SRL, ambele în contradictoriu cu ■.

Întrucât criticile contestatorilor vizând garanția de participare sunt întemeiate, iar pentru procedura în cauză o parte din ofertele depuse au fost deschise (conform procesului-verbal al ședinței de deschidere), Consiliul stabilește că, în cazul în referință, nu pot fi adoptate măsuri de remediere, care să permită continuarea procedurii, fără a fi afectate principiile prevăzute la art. 2 al. 2 din ordonanța mai sus menționată. Totodată, dat fiind că încălcarea prescripțiilor legale evocate afectează iremediabil procedura de atribuire și având în vedere imposibilitatea continuării acesteia, Consiliul urmează să decidă, pe cale de consecință, anularea întregii proceduri, conform art. 278 al. 6 din OUG 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU

■

MEMBRU

■

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini