



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... cu sediul în ... județul ... privind procedura de licitație deschisă organizată de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de lucrări ... contestatoarea a solicitat, în principal, anularea procesului-verbal nr. 4839/12.03.2013 al ședinței de deschidere a ofertelor, constatarea îndeplinirii obligației de constituire a garanției de participare de către asocieria ... - ... - ... și, prin urmare, modificarea procesului-verbal în acest sens, suspendarea procedurii de atribuire, obligarea autorității contractante de a relua procedura după soluționarea tuturor contestațiilor formulate, precum și, în subsidiar, recunoașterea și declararea admisibilă a ofertei asocierii ... - ... -

Prin contestația nr. 6/... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de ... în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... - ... cu sediul în str. ... județul ... CUI ... privind aceeași procedură de licitație deschisă, contestatoarea a solicitat anularea procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 4839/12.03.2013, obligarea comisiei de evaluare la analiza ofertei sale cu respectarea principiilor care guvernează procedura de atribuire și suspendarea procedurii.

Cererile contestatoarelor privind suspendarea procedurii au fost respinse ca nefondate prin decizia nr. .../... din ...

Pentru soluționarea contestațiilor având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin.

(1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006....

În baza legii și a documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 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, admite în parte contestațiile formulate de ... și ... în contradictoriu cu ... și anulează procesul-verbal al ședinței de deschidere nr. 4839/ 12.03.2013, în partea ce privește decizia de respingere a ofertei asocierii ... - ... - ... și a asocierii ... - ... - ... - ... Obligă autoritatea contractantă să întocmească un act de completare a procesului-verbal, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, în sensul acceptării ofertelor celor două asocieri prin luarea în considerare a garanțiilor de participare depuse. Actul de completare va fi comunicat operatorilor economici participanți la procedură în cadrul aceluiași termen.

În temeiul art. 278 alin. (6) din ordonanță dispune continuarea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, arătând că, referitor la constituirea și valabilitatea scrisorii de garanție bancară, în anunțul de participare, la secțiunea III, informații juridice, financiare, tehnice, art. III.1.1 Depozite valorice și garanții solicitate, s-au prevăzut următoarele cerințe privind constituirea garanției de participare: *„Ofertantul va constitui o garanție pentru participare în cuantum de 1.100.000 lei. Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 86 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (...) perioada de valabilitate a garanției de participare: 120 zile de la termenul limită de primire a ofertelor”*.

La o primă analiză a scrisorii de garanție de participare depuse s-a considerat că au fost îndeplinite condițiile legale și conforme, respectiv scrisoarea de garanție de participare a fost legală și conformă, trecându-se la deschiderea ofertei financiare. În cuprinsul procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor apare motivul respingerii ofertei sale ca inacceptabilă raportat la dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, făcându-se

referire la polița de asigurare a scrisorii de garanție, și nu la scrisoarea de garanție însăși.

Contestatoarea precizează că scrisoarea de garanție de participare depusă de asocieria ... - ... - ... este emisă de societatea de asigurări ... respectă prevederile art. 43¹ din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, având o perioadă de valabilitate de 127 zile (deci perioada de valabilitate mai mare decât cea solicitată în documentația de atribuire, 120 zile), respectiv de la data emiterii/eliberării ei 07.03.2013 și până la data de 12.07.2013. Scrisoarea de garanție depusă era valabilă și își producea efectele legale atât la data depunerii ofertei 11.03.2013, cât și la data ședinței de deschidere a ofertelor din 12.03.2013.

Autoritatea contractantă, în mod netemeinic în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, a respins oferta sa ca inacceptabilă, făcând referire nu la scrisoarea de garanție de participare, ci la un act terț, o anexă a scrisorii de garanție, respectiv la polița de asigurare 0000980461/07.03.2013 emisă de Societatea de Asigurări Euroins, act reprezentând contractul dintre ... și asigurător. Așadar, scrisoarea de garanție bancară trebuie delimitată de polița de asigurare, care este doar un act conex, un contract în baza căruia asiguratul ... (lider al asocierii) a achitat prima de asigurare în vederea întocmirii scrisorii de garanție.

Relativ la scopul scrisorii garanției de participare, contestatoarea precizează că este de a acoperi riscuri ce ar putea să apară pe o perioadă determinată între deschiderea ofertelor (moment la care se și analizează efectiv dovada constituirii unei astfel de scrisori și valabilitatea ei) și momentul încheierii contractului (ca scop al tuturor procedurii de atribuire).

Un alt aspect subliniat de contestatoare este acela că, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, există două momente importante pentru ofertanți: momentul constatării ofertelor depuse peste termen și a analizei scrisorilor de garanție de participare și momentul deschiderii ofertelor (oferta tehnică și financiară).

... face referire la caracterul exterior al scrisorii de garanție, fără oferta tehnică și financiară, caracter ce rezultă din însăși principiul fundamental care stă la baza organizării unei licitații, respectiv secretul ofertei tehnico-financiare, ținând cont de faptul că, în fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire a contractului este *prețul cel mai scăzut*.

În cadrul procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor este făcută mențiunea „Oferte întârziate: Nu este cazul”, iar la ultimul alineat există specificația „participanții recunosc integritatea plicurilor care conțin ofertele”, în schimb lipsește mențiunea referitoare la inadmisibilitatea unor oferte, raportat la scrisoarea de garanție de participare.

Este invocată încălcarea principiului tratamentului egal. Prejudiciul suferit de asocierea ... - ... - ... constând în *damnum emergens și lucrum cessans* este echivalent cu cheltuielile efectuate până în prezent cu organizarea licitației și cu valoarea contractului ce urmează a fi realizat și care, prin încălcarea procedurilor stabilite de normele legale, ar putea fi acordat unui alt ofertant.

Prin contestația secundă, ... a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, arătând că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece ar încălca prevederile art. 33 alin. (3) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Contestatoarea invocă dispozițiile art. 85 lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 considerând netemeinică și nelegală decizia autorității contractante, ținând cont de faptul că oferta sa a respectat întocmai cerințele legale referitoare la constituirea și perioada de valabilitate a garanției de participare.

Se apreciază că autoritatea contractantă a dat dovadă ori de superficialitate ori de "exces de zel" în adoptarea deciziei privind oferta sa, ignorând faptul că perioada de valabilitate a garanției de participare respectă întru totul prevederile art. 85 lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În punctul său de vedere nr. 6025/28.03.2013, înregistrat la Consiliu cu nr. 9955/28.03.2013, asupra contestației formulate de ... solicită respingerea ca nefondată a acesteia, deoarece consideră că nu există niciun temei legal de anulare a procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, asigurându-se transparența procedurii, tratamentul egal și nediscriminatoriu al ofertanților.

Relativ la constatarea îndeplinirii obligației de constituire a garanției de participare, autoritatea contractantă precizează că oferta prezentată de asocierea ... - ... - ... a fost considerată inacceptabilă, conform prevederilor art. 36 alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, deoarece încălcă prevederile art. 33 alin. (3) lit. b) din aceeași hotărâre.

... încearcă să inducă în eroare Consiliul prin faptul că face referire la o scrisoare de garanție eliberată de ..., dar care nu poate fi operabilă, deci fără valoare, deoarece instrumentul de garantare, în cazul societăților de asigurare reasigurare, este polița de asigurare, în acest caz polița de asigurare cod IG nr. 0000980461 eliberată în 07.03.2013.

Polița de asigurare emisă de ... pentru asocierea ... - ... - ... are ca obiect garanția de participare la licitația organizată de ... pentru o perioadă de asigurare cuprinsă între 12.03.2013 și 12.07.2013. În anexa la polița de asigurare, privind clauza de garantare pentru licitații la punctul D *Condiții speciale* alin. (7) se stipulează că prezenta asigurare de garanție produce efecte și este în vigoare ... începând cu data intrării în vigoare și până la data expirării valabilității, astfel cum sunt menționate la punctul C (Detalii privind garanția emisă),

respectiv valabilitatea garanției – data intrării în vigoare: 12.03.2013, data expirării: 12.07.2013.

Polița de asigurare dovedește încheierea contractului de asigurare între ... și asigurat, asocierea ... – ... – ... act juridic bilateral care reglementează relațiile reciproce, fiind singura în măsură să acopere riscul asigurat și trebuia să respecte condițiile impuse prin punctul C – Detalii privind garanția emisă din *clauza de garantare pentru licitații* (anexa la polița de asigurare) a contractului de asigurare, respectiv valabilitatea garanției – data intrării în vigoare este de 12.03.2013 și nu data de emitere a acesteia, adică 07.03.2013.

Autoritatea contractantă precizează că scrisoarea de garanție la care face referire ofertantul este un accesoriu la polița de asigurare care respectă formularul I solicitat prin documentația de atribuire și care doar confirmă constituirea garanției de participare prin instrumentul de garantare – polița de asigurare cod IG nr. 0000980461. De asemenea, contestatoarea interpretează greșit faptul că scrisoarea de garanție era valabilă și producea efecte legale la data depunerii ofertei 11.03.2013, deoarece, în cazul asigurărilor, doar polița de asigurare produce efecte legale începând cu data intrării în vigoare a acesteia, astfel cum este scris în ea, adică 12.03.2013.

Dorința contestatoarei se rezumă la însușirea de către autoritatea contractantă a datei de emitere a poliței de asigurare și nu a datei de intrare în vigoare a acesteia, dată la care poate fi operațională, asocierea ... – ... – ... fiind unul dintre cei doi ofertanți care nu au prezentat garanția de participare constituită cu termen de valabilitate conform cerinței din fișa de date a achiziției.

În punctul său de vedere nr. 6026/28.03.2013, înregistrat la Consiliu cu nr. 9956/28.03.2013, asupra contestației formulate de ... precizează că decizia sa este temeinică, legală și susținută prin cerințele impuse la secțiunea III punctul I alin. (1) lit. a) – garanția de participare.

... nu a constituit garanția de participare începând cu data de 11.03.2013, cum s-a solicitat în fișa de date a achiziției, ci cu data de 12.03.2013.

În continuare, autoritatea contractantă reia argumente evocate în punctul de vedere nr. 6025/28.03.2013.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzelor conexate au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 9955/28.03.2013, 9956/28.03.2013 și 13454/24.04.2013.

Din examinarea materialului probator aflat la dosarul cauzelor conexate, Consiliul reține următoarele:

Procedura de atribuire aplicată de ... în vederea atribuirii contractului de lucrări ... este licitația deschisă. Conform anunțului de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost 11.03.2013,

ora 12, iar deschiderea acestora în 12.03.2013, ora 10. Valoarea estimată a contractului de lucrări este 57.846.054,21 lei, fără TVA.

Urmare luării la cunoștință de procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 4839/12.03.2013, pentru motivele evocate anterior, ... și ... au depus la Consiliu contestațiile în analiză.

Verificând procesul-verbal amintit, Consiliul constată că ofertele asocierii ... - ... - ... și asocierii ... - ... - ... - ... au fost respinse, ca inacceptabile, în temeiul art. 33 alin. (3) lit. b) și art. 36 alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, deoarece polițele de asigurare intră în vigoare la data de 12.03.2013, și nu la 11.03.2013, cum este prevăzut în fișa de date a achiziției.

Potrivit fișei de date a achiziției, cap. III.1.1.a), *Ofertantul va constitui o garanție pentru participare în cuantum de 1.100.000 lei. Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 86 din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare. Garanția de participare până la 5000 lei se poate constitui și prin numerar la casieria autorității contractanta. Perioada de valabilitate a garanției pentru participare: **120 zile de la termenul limită de primire a ofertelor** (perioada aleasă va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei). 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.*

Pentru procedura în cauză, asocierea ... - ... - ... a depus polița de asigurare cod IG nr. 0000980461, clauza de garantare pentru licitații (anexă la polița 0000980461/07.03.2013), Formularul 1 - Garanția de participare. În cuprinsul poliței de asigurare este menționată perioada de asigurare 12.03.2013 - 12.07.2013, iar în anexa acesteia - clauza de garantare pentru licitații - este indicată, la pct. C Detalii privind garanția emisă, valabilitatea garanției (data intrării în vigoare: 12.03.2013; data expirării valabilității: 12.07.2013). La pct. D, alin. (7) din anexă se menționează: „asigurarea produce efecte și este în vigoare după cum urmează: începând cu data intrării în vigoare și până la data expirării valabilității, astfel cum sunt menționate la pct. C”.

Se observă așadar că perioada de asigurare și valabilitatea garanției începe la data deschiderii ofertelor (12.03.2013), și nu la data limită de depunere a acestora (11.03.2013), cum s-a specificat expres în fișa de date a achiziției.

Este lipsită de relevanță susținerea contestatoarei că scrisoarea de garanție de participare intră în vigoare la 07.03.2013, cât este prevăzut în Formularul nr. 1, întrucât respectiva dată reprezintă data

la care garanția **a fost parafată** de ..., și nu data de la care polița de asigurare - instrumentul prin care se constituie garanția de participare - are acoperire.

Potrivit art. 86 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 *„Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care se prezintă în original, în cuantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire.”*

Față de dispozițiile legale citate, după cum susține și autoritatea contractantă în punctul său de vedere, instrumentul de garantare în cazul de față, fiind vorba despre o garanție emisă de o societate de asigurări, este **polița de asigurare** în care s-a menționat expres perioada de asigurare (**12.03.2013** – 12.07.2013). Scrisoarea de garanție (Formularul nr. 1) nu reprezintă instrumentul de garantare la care fac referire prevederile art. 86 alin. (1) din hotărâre, reprezentând doar un act conex care respectă un formular pus la dispoziția operatorilor economici și care trebuia completat de aceștia.

Consiliul apreciază ca fiind, de asemenea, lipsită de relevanță în soluționarea cauzei adresa ... nr. 3274/13.03.2013, aceasta făcând referire la „scrisoarea de garanție de participare”, nu la polița de asigurare. Mai mult decât atât, nici autoritatea contractantă și nici Consiliul nu poate lua în considerare data de 07.03.2013 la care se face referire în adresa amintită și să ignore perioada de asigurare și valabilitatea garanției prevăzută în polița de asigurare și anexa la aceasta care au fost indicate în mod clar în cuprinsul celor două acte.

Cu toate acestea, în soluționarea speței de față, Consiliul va ține seama de prevederile art. 84 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 care stabilesc că *„Garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului de achiziție publică sau a acordului-cadru”*.

Scopul autorității contractante de a fi asigurată față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al asocierii poate fi atins în perioada de asigurare prevăzută în polița de asigurare, care reprezintă instrumentul de garantare, respectiv de la data intrării în vigoare a garanției, pe o perioadă de 120 zile.

Or, în cazul de față, ținând cont de rolul garanției de participare prevăzut la articolul mai sus citat, de faptul că, la data deschiderii ofertelor, asocieria avea ofertă valabilă și o garanție de participare, de asemenea, valabilă și a cărei întindere era de 120 zile, autoritatea contractantă nu avea motive pentru a nu lua în considerare respectiva garanție, astfel cum a fost constituită. Începând cu data deschiderii ofertelor, pe o perioadă de **120 zile**, autoritatea contractantă este protejată față de un eventual risc determinat de un comportament necorespunzător al ofertantei.

Astfel fiind, măsura autorității contractante de a nu lua în considerare, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor din 12.03.2013, garanția de participare valabilă 120 zile de la data deschiderii ofertelor pe motiv că nu este valabilă de la data limită de depunere a ofertelor, este o măsură disproporționată și nejustificată, care nu este în interesul niciuneia din părți, depunerea și intrarea în etapa de evaluare a cât mai multor oferte fiind un avantaj real pentru autoritatea contractantă. De altfel, acceptarea unei astfel de garanții de participare nu îi produce niciun prejudiciu achizitoare, câtă vreme, pe perioada valabilității ofertei, societatea are o garanție valabilă, care o protejează față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al ofertantei.

Vizavi de criticile contestatoarei legate de așa-zisa încălcare a "secretului ofertei tehnico-economice" prin deschiderea ei, trebuie ținut seamă că prevederile art. 33 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 obligă autoritatea contractantă la deschiderea tuturor ofertelor la data, ora și locul indicate în anunțul de participare, singurele oferte care se returnează nedeschise fiind cele depuse la o altă adresă a autorității contractante decât cea stabilită sau după expirarea datei limită (art. 172 alin. 3 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006).

Cele de mai sus rămân valabile și în ce privește garanția de participare depusă de asocieria ... - ... - ... - ... care a prezentat polița de asigurare nr. 94240/07.03.2013, în care, la pct. C Detalii privind garanția emisă, este specificat expres: Valabilitatea garanției – data intrării în vigoare: 12.03.2013, iar la pct. D Condiții de asigurare, alin. (7), se prevede: asigurarea de garanție produce efecte și este în vigoare după cum urmează: începând cu data intrării în vigoare și până la data expirării valabilității, astfel cum sunt menționate la pct. C.

În considerarea celor prezentate, ținând cont de faptul că, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor au fost citite prețurile ofertate de cele două contestatoare, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestațiile formulate și va anula procesul-verbal al ședinței de deschidere nr. 4839/12.03.2013, în partea ce privește decizia de respingere a ofertei asocierii ... - ... - ... și a asocierii ... - ... - ... - ... Obligă autoritatea contractantă să întocmească un act de completare a procesului-verbal, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, în sensul acceptării ofertelor celor două asocieri prin luarea în considerare a garanțiilor de participare depuse. Actul de completare va fi comunicat operatorilor economici participanți la procedură în cadrul aceluiași termen.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

MEMBRU COMPLET,