



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art.266 alin.2) din OUG 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. SEI-... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de ... cu sediul în având CUI ... și, cu sediul social în ... Str. ..., constituite în ..., reprezentată legal prin ... - director executiv, împotriva deciziei prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, emisă de către autoritatea contractantă ... cu sediul în privind atribuirea prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică având drept obiect: „Furnizare diguri gonflabile cu motopompe și conducte flexibile”, cod CPV 19510000-4, Sursa de Finanțare: FONDURI EUROPENE - PROGRAM FINANȚAT PRIN FONDUL EUROPEAN DE DEZVOLTARE REGIONALĂ DANUBE WATER INTEGRATED MANAGEMENT- partener, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

Menține măsura anulării procedurii de atribuire în cauză, dispusă de autoritatea contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, 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:

Prin contestația nr. SEI-... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de ... și, constituite în, împotriva deciziei prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, ... privind atribuirea prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică având drept obiect: „Furnizare diguri gonflabile cu motopompe și conducte flexibile”, cod CPV 19510000-4, Sursa de Finanțare: FONDURI EUROPENE-PROGRAM FINANȚAT PRIN FONDUL EUROPEAN DE DEZVOLTARE REGIONALĂ DANUBE WATER INTEGRATED MANAGEMENT- partener, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii.

În fapt, contestatorul menționează următoarele:

- autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b) și art. 36 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006, deoarece ofertantul a depus garanția de participare, fără să țină cont, în opinia contestatorului, de HG nr. 834 din 22 iulie 2009 și HG nr. 219/23.03.2012, publicată în M.Of. nr. 197/26.03.2012 și de art.86 din HG nr. 925/2006;

- a depus la data, ora și locul, precizate în anunțul de participare și fișa de date a achiziției, fila de CEC barat seria BRDE 1 BF nr. 0150727, emisă în conformitate cu Legea NR. 59/1934 și a regulamentului BNR.

Contestatorul arată că, „Cecul poate fi clasificat în baza mai multor criterii, clasificarea după modul de încasare fiind scopul final al utilizării cecurilor, astfel:

- Cecul nebarat (sau cec în alb), care poate fi plătit în numerar sau în contul beneficiarului; acesta, arată contestatorul, poate fi depus la casieria autorității contractante urmând circuitul bancar pentru obținerea de numerar în contul garanției de participare.

- Cecul barat, care nu poate fi plătit decât în contul beneficiarului;
- Cecul de virament, care garantează plata prin virament bancar;
- Cecul certificat - acesta oferă o siguranță mai ridicată, deoarece trasul garantează disponibilul din contul trăgătorului.

Articolul 29 din Legea nr. 59/1934 precizează că „Cecul este plătit la vedere. Orice stipulațiune contrară se socotește nescisă. Cecul prezentat la plata înainte zilei arătate ca dată a emiterii este plătit în ziua prezentării”.

Odată introdus în bancă de către beneficiar, cecul poate fi decontat sau nu, în funcție de următoarele situații:

- Existența disponibilului în contul bancar al emitentului;
- Data introducerii în bancă a filei de CEC;
- Completarea filei de CEC.

Legea Nr. 59 din 1 mai 1934 pedepsește trăgătorul cu amenzi sau închisoare persoanele aflate în situații precum cele de mai jos:

- emiterea de cecuri fără autorizarea trasului;
- emiterea de cecuri fără a avea la tras disponibil suficient/sau după ce a tras cecul și, anterior trecerii termenelor fixate pentru prezentare, dispune total sau parțial de disponibilul avut;
- emiterea de cecuri cu data falsă sau cărora le lipsește unul din elementele esențiale.”

Fila CEC emisă, arată contestatorul, poate fi anulată doar prin hotărâre judecătorească, în acest sens acesta reprezentând o plată irevocabilă.

Contestatorul consideră că, în acest moment, fila CEC emisă este valabilă și reprezintă plata irevocabilă în favoarea autorității contractante, consorțiul neavând motive să refuze semnarea contractului, deci autoritatea contractantă nu aveau motiv să ceară executarea filei CEC barat emise.

În mod greșit, autoritatea contractantă solicită executarea filei CEC prin Activitatea de Trezorerie și Contabilitate Publică a Municipiului ... care NU este o instituție bancară, fapt ce este precizat chiar de susmenționata instituție prin adresa nr. 28225/05.04.2013, care declară că fila de CEC barat nu poate fi executată prin intermediul trezoreriei, deoarece aceasta nu poate lucra decât cu ordin de plată, în acest sens fiind încălcat art. 86 alin. (4) lit. a),b), c) din HG nr. 834 din 22 iulie 2009 și HG nr. 219/23.03.2012.

Pentru orice tip de garanții bancare, instrumente bancare, singurul circuit posibil este cel bancar, conform Normelor BNR.

În acest sens, autoritatea contractantă ar fi putut să introducă fila CEC la orice bancă comercială, să ceară informații asupra valabilității instrumentului bancar și dacă au fost întrunite TOATE cerințele legale pentru emiterea lui.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 8162/.../ 29.04.2013, transmiterea dosarului achiziției publice, în copie, întocmit conform precizărilor art. 213 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, potrivit dispozițiilor art. 274 alin.(1) din același act normativ.

Prin adresa, înregistrată la CNSC sub nr. 14901/08.05.2013, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice și punctul de vedere la contestație, în care precizează că, prin documentația de atribuire publicată în SEAP sub nr. 77193/25.01.2013, respectiv anunțul de participare nr. ... a oferit posibilitatea operatorilor economici de a constitui garanția de participare în toate variantele permise de legislația incidentă, respectiv conform art. 84 - 88 din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, prin anunțul de participare, ofertanții erau informați despre statutul juridic al autorității contractante.

Dat fiind aceasta situație, autoritatea contractantă arată că este evident că toate operațiunile financiare legate de prezenta procedura se supun prevederilor Legii nr. 500/2002, precum și ale OUG nr. 146/2002 și ale Ordinului nr. 1235/2003, care impun ca derularea operațiunilor financiare de instituțiile publice să fie făcute printr-un cont de execuție deschis exclusiv la unitățile Trezoreriei Statului.

Autoritatea contractantă susține că, deși contestatorul afirmă că a depus la data, ora și locul precizat, instrumentul de garantare, care ar respecta legislația incidentă CEC-urilor, ofertantul omite să prezinte faptul că nu a adus dovada confirmării instrumentului de garantare de către banca emitentă, respectând astfel, doar condițiile de la art. 84 - 88 din HG nr. 925/2006, care îi sunt favorabile, respectiv utilizarea unei excepții pentru constituirea garanției de participare, lăsând fără conținut finalitatea și scopul urmărit de legislația incidentă achizițiilor publice, adică protecția autorității contractante.

Autoritatea contractantă consideră că legislația achizițiilor publice a fost încălcată de contestator, în condițiile în care alin. (6) de la art. 86 din HG nr. 925/2006, presupune ca dovada de constituire a garanției să fie prezentată la ora și data stabilite pentru deschiderea ofertelor, concomitent cu existența confirmării de către bancă a documentului de garantare.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că, deși invocă respectarea legislației generale privind CEC-urile, contestatorul avea obligația respectării și a dispozițiilor speciale privind constituirea legală, în materia achizițiilor publice, a garanțiilor, drept pentru care consideră că instrumentul de garantare nu a îndeplinit condițiile legale de constituire, prevăzute de art. 86 alin. (5) și (6) din HG nr. 925/2006, numai îndeplinirea acestei condiții, însemnând dovada constituirii garanției de participare în sensul art. 86 alin. (6) din HG nr. 925/2006.

Totodată, autoritatea contractanta susține că este ținută de anumite reglementări privind operațiunile sale financiare, ceea ce nu înseamnă că nu ar fi respectat prevederile art. 86 alin. (4) lit. b) din HG nr. 925/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, nicăieri în documentația de atribuire nu a limitat instrumentul de garantare la cel emis de o societate bancară sau numai de o societate de asigurări, așa cum arată contestatorul, dar situația juridică a autorității contractante, duce la concluzia că ofertantul trebuia să aleagă posibilitatea legală, coroborând atât normele generale privind CEC-ul, cât și cele speciale incidente achizițiilor publice privind constituirea garanțiilor și cele privind operațiunile financiare ale instituțiilor publice.

În aceste condiții, arată autoritatea contractantă, este de remarcant alegerea contestatorului, respectiv constituirea garanției de participare în mod nelegal, utilizând o excepție în mod neadecvat situației de fapt și de drept.

În aceste condiții, termenul de prezentare, nefiind înscris, ci lăsat la dispoziția autorității contractante, se naște întrebarea, în ce mod putea autoritatea contractantă să îl execute, în termenul de 3 luni de la deschiderea ofertelor, dacă ar fi fost necesar.

Trăsătura instrumentului de garantare, aceea de CEC barat, alături de înregistrarea contului de Trezorerie a posesorului, nu face decât, coroborat cu necesitatea respectării OUG nr. 146/2002 republicată, să încalce dispozițiile art. 39 din Legea nr. 59/1934; în aceste condiții, chiar și aspectele în care contestatorul încearcă să acrediteze ideea completării legale a instrumentului de garantare, nu își găsesc corespondența în textele legale incidente.

Având în vedere aceste aspecte, autoritatea contractantă solicită Consiliului să mențină rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii nr. 6236/CP/16.04.2013 și în comunicarea rezultatului procedurii nr. 6237/CP/16.04.2013.

Ultimul document, în dosarul nr. .../2013, îl reprezintă adresa nr. înregistrată la CNSC cu nr. 14901/08.05.2012, transmisă de autoritatea contractantă.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, prin „licitație deschisă”, având drept obiect: „Furnizare diguri gonflabile cu motopompe și conducte flexibile”, cod CPV 19510000-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ... conform căruia valoarea estimată a contractului de achiziție publică este de 1.127.497,74 lei, fără TVA.

Potrivit Cap. IV.1) – Criterii de atribuire, din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Deschiderea ofertelor a avut loc în data de 13.03.2013, comisia de evaluare a ofertelor întocmind procesul verbal al ședinței de deschidere nr. 4331/MM/19.03.2013, iar ca urmare a evaluării ofertelor depuse, a fost elaborat raportul procedurii de atribuire nr. 6236/CP/16.04.2013, potrivit căruia procedura în cauză a fost anulată, în baza art. 209 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006.

Consiliul reține că la procedura de atribuire au participat, în calitate de ofertanți, doi operatori economici, respectiv

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 6237/CP/16.04.2013, autoritatea contractantă a transmis contestatorului că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza dispozițiilor art. 33 alin. (3) lit. b) coroborat cu art. 36 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006. Împotriva acestei adrese, ... a formulat contestație, prin care solicită anularea rezultatului procedurii.

În soluționarea contestației, Consiliul va avea în vedere dispozițiile art. 207 alin. (2) lit. (b) din OUG nr. 34/2006, care dispune: *„În cadrul comunicării prevăzute la art. 206 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertanții/candidații care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective, după cum urmează: (...)* b) *pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini”.*

Având în vedere contextul expus, Consiliul va proceda în continuare, la analiza modalității în care autoritatea contractantă a analizat garanția de participare depusă de Consorțiul ..., raportat la cerințele documentației de atribuire și prevederile legislației în vigoare, în material achizițiilor publice.

Din analiza documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul constată că, ... a depus, în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței din fișa de date a achiziției, privind garanția de participare, CEC – ul barat, emis de BRD – Groupe Societe Generale, purtând înscrisă data de 20.06.2013, în valoare de 22549,95 lei.

În fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.a), Garanția de participare, din fișa de date a achiziției, se prevede că: „Ofertantul va constitui o garanție de participare în cuantumul de 22549,95 lei. (...) Garanția de participare se constituie conform art. 84 – 88 din HG nr. 925/2006. Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau instrument de garantare (în original), emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări prin depunerea la casieria unității în numerar sau prin OP confirmat de banca emitentă. (...) Garanția de participare se poate depune în contul ...deschis la Direcția de Trezorerie și Contabilitate Publică a Municipiului ... Garanția de participare se poate constitui prin depunerea în numerar la casieria autorității contractante. Model scrisoare de garanție bancară de participare – Formularul nr. 12 (...)”.

În speța supusă soluționării, Consiliul apreciază că sunt aplicabile Art. 86 din HG nr. 925/2006, indicate și de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, care prevăd că: „(1) *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 cuantum și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire. (...).*

(5) Prin excepție de la prevederile alin. (1) și numai dacă în documentația de atribuire este prevăzută această posibilitate, garanția de participare se poate constitui și prin depunerea la casieria autorității contractante:

a) a unui ordin de plată sau a unei file cec, cu condiția confirmării acestora de către bancă până la data deschiderii ofertelor;

b) a unei sume în numerar, în cazul în care valoarea garanției de participare este redusă ca valoare.

(6) *În orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor”.*

Astfel, față de contextul legal menționat anterior, Consiliul constată că ... a depus garanția de participare sub formă de filă CEC, deși în cerința din documentația de atribuire nu era prevăzută, în mod expres, această situație, astfel cum dispune și art. 86 alin. (5) din HG nr. 925/2006.

Consiliul apreciază că, în cazul în care considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii sau neclare, contestatorul putea solicita acesteia clarificări, în temeiul dispozițiilor art. 78 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, sau putea contesta respectivele cerințe în termenul legal prevăzut de art. 256², din același act normativ. Prin necontestarea în termenul legal a cerinței din fișa de date a achiziției, aceasta și-a consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici interesați în participarea la procedura de atribuire; în acest sens, fiind și dispozițiile art. 170 din ordonanța de urgență, potrivit căruia, ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Astfel, prin depunerea ofertei, respectiv a garanției de participare, ... și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, astfel cum a fost formulată de autoritatea contractantă.

În opinia Consiliului, riscul întocmirii ofertelor, inclusiv prezentarea garanției de participare într-o anumită formă, nesolicitată în documentația de atribuire, cade în sarcina operatorului economic, participant la procedură.

De asemenea, Consiliul va lua în considerare și dispozițiile art. 84 din HG nr. 925/2006, potrivit cărora „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”, pentru a sublinia importanța constituirii garanției de participare în forma solicitată expres de autoritatea contractantă.

În concluzie, pe lângă faptul că ... a depus garanția de participare într-o formă care nu a fost prevăzută în cadrul documentației de atribuire, contravaloarea filei CEC nu poate fi executată, potrivit răspunsului primit din partea Direcției de Trezorerie și Contabilitate Publică a Municipiului ... la demersurile efectuate în acest sens de autoritatea contractantă.

În acest sens, Consiliul va lua în considerare faptul că, ... prin adresa nr. 4457/21.03.2013, a transmis Direcției de Trezorerie și Contabilitate Publică a Municipiului ... o copie de pe fila CEC depusă de către contestator, pentru a verifica dacă se poate încasa suma specificată pe acesta. În răspunsul primit prin adresa nr. 28225/05.04.2013, Direcției de Trezorerie și Contabilitate Publică a Municipiului ... a răspuns prin adresa nr. 5580/08.04.2013, prin care precizează că: „*fila cec*

anexată de dvs. nu poate fi executată prin intermediu trezoreriei. În conformitate cu prevederile Ordinului nr. 246/2005 al Ministerului Finanțelor Publice, instrumentul de plată utilizat pentru efectuarea de plăți către și de la trezoreria statului este Ordinul de plată pentru trezoreria statului, instrument care se supune prevederilor Regulamentului Băncii Naționale a României nr. 2/2005”.

Ținând cont de motivele de fapt și de drept expuse anterior, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a aplicat corespunzător dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, care prevăd că: *„În cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care se încadrează într-una dintre următoarele situații: (...)* b) *nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, **forma** și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire”*, precum și ale art. 36 alin. (1) din același act normativ, care dispune: *„(1) Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: a) se încadrează în categoria celor prevăzute la art. 33 alin. (3)”*, respingând, în mod întemeiat, oferta depusă de ... ca inacceptabilă, pentru neprezentarea garanției de participare în forma solicitată de autoritatea contractantă.

Raționamentul expus anterior, în cadrul motivării, se regăsește și în practica curților de apel, în acest sens fiind și Decizia nr. 11190/22.11.2013, a Curții de Apel Craiova, unde se precizează că scrisoarea de garanție bancară depusă de petentă (în cazul de față, sub formă de fila CEC, deși în documentația de atribuire nu a fost prevăzută o asemenea formă), este de natură a afecta valabilitatea garanției de participare, fiind astfel o situație de excepție în sensul art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, când este posibilă respingerea ofertei.

Deoarece, potrivit raportului procedurii nr. 6236/CP716.04.2013, oferta depusă de, a fost de asemenea, respinsă ca inacceptabilă, Consiliul va menține măsura anulării procedurii dispusă de autoritatea contractantă în baza art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, care prevede: **„Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri:**

a) dacă au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme”.

Față de cele expuse anterior, Consiliul, în baza dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, pentru motivele evocate în motivare, va respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și va menține măsura anulării procedurii.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 10 (zece) pagini.