



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. 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 sub nr. ... depusă de către ... al asocierii: ... - ... - ..., cu sediul în municipiul ... județul ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrul Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. ... din 14.06.2013 emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... județul ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii pentru elaborarea măsurilor de management în cadrul proiectului «Managementul conservativ și participativ în Siturile Natura 2000 Cheile Turzii și Turenilor» SMIS-CSNR 36113”, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocieria contestatoare.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către ... lider al asocierii: ... - ... - ..., în contradictoriu cu ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 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:

Prin contestația formulată, ... contestă rezultatul procedurii de atribuire, comunicat de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii pentru elaborarea măsurilor de management în cadrul proiectului «Managementul conservativ și participativ în Siturile Natura 2000 Cheile Turzii și Turenilor» SMIS-CSNR 36113”, solicitând anularea rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocieria contestatoare.

Contestatorul învederează că oferta sa a fost declarată inacceptabilă pe motiv că garanția de participare nu era întocmită în forma solicitată în documentația de atribuire, autoritatea contractantă invocând prevederile art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006 și art. 33 alin. (3) din același act normativ.

În acest sens, ofertantul face mențiunea că autoritatea contractantă motivează decizia sa în mod eronat, deoarece oferta asocierii contestatoare a fost deschisă în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor și nu a fost respinsă așa cum prevede art. 33 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006.

Astfel, inițial, la data deschiderii ofertelor, garanția de participare ce însoțea oferta asocierii a fost acceptată ca validă în mod tacit și implicit, oferta fiind deschisă și datele acesteia fiind menționate în procesul-verbal de deschidere, inclusiv prețul cel mai scăzut ofertat, iar ulterior, s-a „reconsiderat” validitatea garanției de participare, declarându-se oferta inacceptabilă.

În acest sens, petentul este de părere că decizia autorității contractante este abuzivă și nelegală, deoarece legea nu prevede faptul că garanția de participare trebuie astfel întocmită încât să

indice expres denumirea asocierii, iar unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă.

Totodată, autoritatea contractantă nu a menționat în fișa de date faptul că garanția de participare ar trebui să indice în mod expres denumirea asocierii, ci, din contră, autoritatea contractantă a menționat clar la pct. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției faptul că *„în cazul unei asocieri, scrisoarea de garanție bancară de participare la licitație, poate fi emisă de oricare dintre asociați, în cuantumul total stabilit de autoritatea contractanta”*.

Totodată, contestatorul susține că garanția de participare (scrisoarea de garanție bancară nr. ...) s-a constituit utilizându-se prevederile impuse de autoritatea contractantă prin Formularul 19, realizându-se astfel scopul acesteia de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al ofertantului, liderul de asociere reprezentând Asociera și acționând în numele acesteia, angajând răspunderea tuturor asociaților, în baza acordului de asociere.

În susținerea argumentelor invocate, contestatorul apreciază că a constituit garanția de participare în forma cerută de autoritatea contractantă și cu respectarea prevederilor legale, oferta sa fiind declarată „inacceptabilă” cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. .../25.06.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../26.06.2013, ... în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de ... întrucât susținerile contestatorului sunt nejustificate, neîntemeiate și nefondate.

Autoritatea contractantă susține că nu a pus în aplicare doar prevederile singulare ale art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, respingând oferta contestatorului doar în baza acestei teme, astfel cum în mod eronat susține acesta, ci a avut în vedere situațiile legiferaute de conținutul acestui text normativ, la care fac trimitere prevederile art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006.

Astfel, autoritatea contractantă învederează că prevederile normative invocate, în vigoare, aplicabile în speță, nu disting și nu impun asupra momentului în care comisia de evaluare are posibilitatea să declare inacceptabilă oferta prezentată, acest fapt putând avea loc ulterior ședinței de deschidere, pe parcursul evaluării acesteia.

Având în vedere cerința referitoare la forma de prezentare a garanției de participare impusă prin documentația de atribuire,

autoritatea contractantă face precizarea că se impunea ca ofertanții să respecte și să completeze corect Formularul nr. 19, pentru a se evita respingerea ofertei prezentate, în baza aplicării prevederilor art. 36 alin. (1) lit. a), coroborat cu dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, completarea corectă a formularului respectiv fiind esențială, cu atât mai mult cu cât, în conținutul său se regăseau indicii concise asupra modalității în care, în cazul unei asocieri, era necesar să fie consemnată denumirea completă a asocierii.

În contextul dat, autoritatea contractantă învederează că, analizând conținutul și forma scrisorii de garanție depusă de contestator, comisia de evaluare a ofertelor a avut în vedere și faptul că în ipoteza retragerii unui membru al asocierii, cu consecința modificării ofertei tehnice/financiare prezentată de asocierea de operatori economici, se creează riscul pentru autoritate de a nu-și putea executa scrisoarea de garanție, conform dispozițiilor legale, în condițiile în care, din conținutul scrisorii de garanție nu rezultă că oferta a fost prezentată în asociere.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă apreciază că trebuia dovedită calitatea de IMM a fiecărui ofertant, pentru ca aceasta să poată aprecia dacă modul de constituire al garanției de participare, respectiv cuantumul acesteia a fost în mod corect și legal constituit.

Totodată, autoritatea face precizarea că din documentele atașate coletului, nu a rezultat dacă garanția de participare a fost în mod corect constituită, aceasta fiind emisă doar în favoarea ..., pentru suma de 7850 lei și nu au fost prezentate documente din care să rezulte în mod concis care sunt toți membrii asocierii, respectiv dacă aceștia au fiecare în parte calitatea de IMM.

În lumina celor relatate, pornind de la necesitatea aplicării și respectării principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică (nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii), raportată la modul de constituire a garanției de participare și de către ceilalți ofertanți participanți la procedura de atribuire care au depus oferte în asociere, comisia de evaluare a decis că modul de constituire a garanției de participare, respectiv forma de constituire a acesteia, este necorespunzător, motiv pentru care a respins oferta ca inacceptabilă.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă” pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii pentru elaborarea măsurilor de management în cadrul proiectului «Managementul conservativ și participativ în Siturile Natura 2000 Cheile Turzii și Turenilor» SMIS-CSNR 36113”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 29.01.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a desfășurat activitatea privind deschiderea ofertelor depuse.

Astfel, prin susținerile supuse soluționării, contestatorul critică modul de lucru al comisiei de evaluare, în sensul că a respins oferta sa, deoarece nu a prezentat garanția de participare în forma solicitată de autoritatea contractantă.

Conform Procesului-verbal nr. .../26.03.2013, al ședinței de deschidere a ofertelor, au depus ofertă un număr de 5 operatori economici. În cadrul acestei ședințe nu a fost respinsă nicio ofertă.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de contestator, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (III.1.1.a. Garanție de participare) autoritatea contractantă a menționat:

„15.700 lei Perioada de valabilitate a garanției de participare trebuie să fie de 90 de zile de la data limită de depunere a ofertelor. Garanția de participare se constituie în baza prevederilor art. 85 lit. a) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare. Modul de constituire a garanției de participare: Garanția de participare se exprimă în lei și se constituie în una din următoarele forme:

1. Cu OP, în contul RO44TREZ2165006XXX006923 deschis la Trezoreria ... Dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată în original până la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor.

2. Printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societatea bancară ori de o societate de asigurări în favoarea autorității contractante, conform Formularului nr. 19, în original; Garanția de participare se va constitui numai în lei. Pentru o evaluare și o raportare unitară a cuantumului aferent garanției de participare, echivalența pentru o garanție de participare depusă în euro se va calcula la cursul BNR din data anterioară datei limită de

depunere a ofertelor cu 5 zile. În cazul unei asocieri, scrisoarea de garanție bancară de participare la licitație, poate fi emis de oricare dintre asociați, în cuantumul total stabilit de autoritatea contractantă. Demonstrarea calității de IMM se face de către ofertant și/sau toți asociații din cadrul consorțiului prin completarea „DECLARAȚIE PRIVIND ÎNCADRAREA ÎNTREPRINDERII ÎN CATEGORIA ÎNTREPRINDERILOR MICI ȘI MIJLOCII” – Formular 10. Autoritatea contractantă va elibera/restitui garanția de participare conform prevederilor art. 88 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare. Conform art. 278¹ din O.U.G. nr. 34/2006 în cazul depunerii unei contestații și în măsura în care CNSC respinge contestația, autoritatea contractantă va reține contestatorului din garanția de participare în raport cu valoarea estimată a contractului suma de: 4 566,66 lei”.

În cadrul formularului nr. 19 este înscris în mod expres că în cazul asocierii se va menționa numele asocierii.

Analizând instrumentul de garantare nr. ... emis de ... prezentat de asocieria ... - ... - ..., în raport cu modelul de formular nr. 19 parte integrantă a documentației de atribuire Consiliul constată următoarele:

- valoarea garanției de participare este de 7.850 ron;
- nu este menționată denumirea asocierii, ci doar denumirea liderului asocierii neîndeplinindu-se astfel cerințele autorității contractante.

În considerarea celor mai sus prezentate, având în vedere că asocieria nu poate invoca necunoașterea cerinței autorității contractante expres menționată în cadrul Formularul „Garanție de participare”, formular anexat la documentația de atribuire în cadrul căruia sunt stabilite regulile de derulare a procedurii, adică „legea procedurii de atribuire inițiate de către autoritatea contractantă” potrivit principiului de drept „*nemo legem ignorare censetur*” și ținând cont de faptul că acestea nu au depus garanția de participare cu respectarea cerințelor autorității contractante, comisia de evaluare s-a aflat în situația aplicării prevederilor art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, respectiv să respingă oferta depusă de asocieria ... - ... - ...Legiuitorul, potrivit prevederilor art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006 a stabilit în sarcina autorității contractante obligația ca în cadrul ședinței de deschidere să nu respingă nicio ofertă, cu excepția celor care se încadrează în una dintre următoarele situații, respectiv nu este însoțită de garanția de participare constituită în cuantumul, forma și perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a formei garanțiilor de participare, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea verificării garanției de participare depusă de către asocieria ... - ... -, este nefondată, urmând să fie respinsă.

Faptul că în cadrul procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă nu a menționat în mod expres faptul că în cadrul garanției de participare depusă de asocieria ... - ... - ... nu este menționat numele asocierii nu constituie o acceptare tacită a autorității contractante.

Față de acestea, Consiliul constată că, în mod corect, comisia de evaluare a procedat la respingerea ofertei depusă de asocieria ... - ... - ... chiar dacă această decizie de respingere s-a luat ulterior ședinței de deschidere a ofertelor.

În situația în care prevederile documentației de atribuire din cadrul căruia face parte integrantă și formularul „Garanția de participare” erau neclare/nelegale/restrictive, operatorii economici aveau dreptul de a solicita clarificări potrivit art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006 sau potrivit art. 255 coroborat cu art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006, acestea aveau dreptul de a formula contestație, însă nu și-au exercitat acest drept, motiv pentru care și-au însușit, în mod implicit, cerințele cu privire la depunerea garanției de participare. Acest element poate constitui, potrivit prevederilor art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006, un motiv de respingere a ofertei depuse ca și inacceptabilă. Prin necontestarea în termenul legal a cerinței privind garanția de participare, aceasta și-a consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici interesați în participarea la procedura de atribuire.

Întrucât celelalte asocieri care au depus ofertă alături de contestator, au respectat prevederile documentației de atribuire, acceptarea situației create antemenționate în care s-a aflat asocieria contestatoare, ar conduce nu numai la nerespectarea prevederilor documentației de atribuire în speța de față, dar și la încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din O.U.G. nr. 34/2006.

Față de acestea, Consiliul constată că asocieria contestatoare a încălcat prevederile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006, în sensul că nu au elaborat oferta conform cerințelor documentației de atribuire și legislației în vigoare, în speță instrumentul de garantare prin care

s-a constituit garanția de participare nu cuprinde denumirea asocierii așa cum s-a solicitat în formularul de garanție cerință acceptată și însușită de către operatorii economici prin necontestarea acesteia în termenul legal și depunerea ofertei ulterior. Autoritatea contractantă nu poate ca în etapa de verificare a modului în care operatorii economici au constituit și depus garanția de participare, să-și ignore propriile cerințe expres stabilite în cadrul formularului Garanție de participare parte integrală a documentației de atribuire.

Riscul întocmirii ofertelor inclusiv prezentarea garanției de participare într-o anumită formă cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii inacceptabile a ofertei, potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum acesta este întocmit de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Prezentarea dovezii constituirii garanției de participare nu reprezintă un aspect pur formal, cum eronat susține contestatorul ci este de natură să producă efecte juridice în cazul în care autoritatea contractantă se vede nevoită a se proteja de modul defectuos în care ofertantul respectiv are un comportament necorespunzător pe întreaga perioadă de derulare a procedurii de atribuire.

Susținerile ..., conform căroră, autoritatea contractantă nu trebuia să deschidă oferta depusă de asocieria ... - ... - ... dacă considera garanția de participare ca fiind necorespunzătoare, nu pot fi reținute de Consiliu în soluționare atâta vreme cât nu există nicio prevedere legală care să impună autorității contractante ca ofertele, care nu au prezentat garanția de participare în forma indicată în documentația de atribuire să rămână închise.

Legiuitorul stabilește în mod expres situațiile în care ofertele rămân închise, și anume doar în situația în care oferta a fost depusă la o altă adresă decât cea stabilită sau după expirarea datei limită pentru depunerea ofertelor, situația în care acestea sunt și

returnate, astfel cum dispune art. 172 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006.

Față de aceste aspecte, asocierea contestatoare nu poate prin interpretarea neoficială a legii să adauge la ea, prin impunerea unor obligații în sarcina autorității contractante, în sensul de a nu deschide anumite oferte, potrivit principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Legiuitorul, potrivit prevederilor art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006 a stabilit în sarcina autorității contractante obligația ca în cadrul ședinței de deschidere să nu respingă nicio ofertă, cu excepția celor care se încadrează în una dintre următoarele situații, respectiv nu este însoțită de garanția de participare astfel cum a fost solicitată în documentația de atribuire.

De asemenea, potrivit art. 33 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, autoritatea contractantă are obligația de a finaliza ședința de deschidere printr-un proces-verbal semnat de membrii comisiei de evaluare, de experții cooptați și de reprezentanții operatorilor economici, în care se consemnează modul de desfășurare a ședinței respective, aspectele formale constatate la deschiderea ofertelor, elementele principale ale fiecărei oferte.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de deschidere a ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. a) din H.G. nr. 925/2006, cu excepția celor care potrivit prevederilor art. 172 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 se returnează nedeschise, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea deschiderii ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Mai mult, Consiliul nu poate reține nici susținerile contestatorului cu privire la faptul că garanția de participare s-a constituit utilizându-se prevederile impuse de autoritatea contractantă în cadrul fișei de date a achiziției „*în cazul unei asocieri, scrisoarea de garanție bancară de participare la licitație, poate fi emisă de oricare dintre asociați, în cuantumul total stabilit de autoritatea contractantă*” deoarece autoritatea contractantă nu a respins oferta sa deoarece garanție a fost constituită de unul dintre asociați ci deoarece în cadrul garanției de participare nu este menționată în mod expres denumirea asocierii.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată

contestația formulată de către ... lider al asocierii: ... - ... - ..., în contradictoriu cu ... și va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

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