



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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 cu modificări și completări 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. ... formulată de ... cu sediul în ... județul ... CUI ... privind procedura de cerere de oferte online pentru atribuirea contractului de lucrări "...", organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat constatarea netemeinicii respingerii ofertei ... și dispunerea de măsuri de remediere constând în anularea raportului procedurii și obligarea autorității contractante să reia procedura de atribuire de la etapa evaluării ofertelor, potrivit prevederilor legale aplicabile.

Prin contestația datată ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... privind aceeași procedură de cerere de oferte, s-a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 12433/ 17.07.2013, a deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale, a procesului-verbal de evaluare a ofertelor, a actelor subsecvente acestuia, a raportului procedurii de atribuire, a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă, prin care s-a stabilit că oferta sa este inacceptabilă, precum și obligarea autorității contractante să reia procedura de atribuire prin reanalizarea ofertelor depuse de către operatorii economici în raport cu decizia Consiliului și stabilirea ofertei câștigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

Pentru soluționarea contestațiilor având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexasia 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestațiile formulate de ... și ... și anulează procesul-verbal nr. 10696/17.06.2013, raportul procedurii nr. 12430/ 17.07.2013 și comunicările privind rezultatul procedurii. Obligă autoritatea contractantă la luarea în considerare în evaluare a ofertelor celor două contestatoare și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

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, susținând că, prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 12432/17.07.2013, i s-a comunicat că oferta sa a fost respinsă în baza prevederilor art. 33 alin. (3) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, având în vedere că garanția de participare nu a fost constituită în conformitate cu prevederile art. 86 alin. (2) din hotărâre, respectiv nu este irevocabilă.

Contestatoarea subliniază că, în fișa de date, la punctul III.1.1.a) Garanție de participare, s-a solicitat: "... Garanția de participare se constituie conform prevederilor art. 86 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. (...) În cazul constituirii garanției de participare printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară/ societate de asigurări, se va completa F32 sau un alt model care să conțină cel puțin datele din acest formular ...".

De asemenea, reclamanta susține că a depus, în original, odată cu oferta, scrisoarea de garanție nr. GI/44674 din 17.06.2013, emisă de ..., care reprezintă completarea în detaliu a Formularului nr. 32 (F32), pus la dispoziție de autoritatea contractantă în fișa de date, secțiunea a IV-a Formulare și modele.

Motivul invocat de autoritatea contractantă este considerat netemeinic de către contestatoare, în condițiile în care legea prevede că garanția trebuie să fie irevocabilă, fără a solicita să fie menționat expres acest lucru și, fără ca, din cuprinsul scrisorii de garanție depusă de aceasta, scrisoare care urmează modelul prezentat de autoritatea contractantă, să reiasă că ar fi revocabilă.

Nicăieri în fișa de date nu s-a cerut ca în cuprinsul documentului de garantare să se menționeze expres ca garanția să fie irevocabilă, solicitarea care este considerată că ar fi fost oricum redundantă și excesivă, dacă instrumentul de garantare conține datele minime din Formularul 32. Sunt invocate dispozițiile art. 2321 alin. 1 din Codul Civil, care prevăd că *scrisoarea de garanție este angajamentul irevocabil și necondiționat pe care o persoană, denumită emitent se obligă, la solicitarea unei persoane denumite ordonator, în considerarea unui raport obligațional preexistent, dar independent de acesta, să plătească o sumă de bani unei terțe persoane, denumită beneficiar, în conformitate cu termenii angajamentului asumat.*

În încheiere, contestatoarea adaugă că a depus garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire.

Prin cea de-a doua contestație depusă în cadrul procedurii, ... precizează că, prin comunicarea rezultatului procedurii, a fost informată că oferta sa a fost respinsă în temeiul dispozițiilor art. 33 alin. (3) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, motivul fiind acela că garanția de participare nu a fost constituită în conformitate cu prevederile art. 86 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respectiv nu este irevocabilă.

În invitația de participare, Secțiunea III Criterii de calificare/alte condiții, pct. III.1 Condiții referitoare la contract, III.1.1 Condiții suplimentare, garanție de participare se prevede că: *garanția de participare se constituie conform prevederilor art. 86 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 și că în cazul constituirii garanției printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară/societate de asigurări se va completa F32 sau un alt model care să conțină cel puțin datele din acest formular.*

Autoritatea contractantă a prevăzut în invitația de participare posibilitatea alternativă pentru ofertanți de a constitui garanția de participare prin completarea Formularului 32 pus la dispoziția acestora în cadrul documentației de atribuire sau prin completarea unui alt model având cel puțin conținutul Formularului 32. În opinia contestatoarei, din perspectiva documentației de atribuire, oricare dintre aceste două variante respectă cerințele autorității contractante.

Cerința din invitația de participare este reluată într-o redactare identică în cuprinsul fișei de date, Secțiunea III: Informații Juridice, economice, financiare și tehnice, pct. III. 1) Condiții referitoare la contract, III. 1.1) Depozite valorice și garanții solicitate (după caz), III.1.1.a) Garanție de participare.

Contestatoarea precizează că a constituit garanția de participare sub forma unei scrisori de garanție bancară emisă de care respectă forma și conținutul Formularului 32, îndeplinind atât cerințele din documentația de atribuire, cât și cerințele legale referitoare la modul de constituire a garanției de participare cuprinse în dispozițiile art. 84 și următoarele din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ca efect al dispozițiilor art. 73 din Hotărârea Guvernului nr. 1660/2006.

Sunt invocate dispozițiile art. 2321 alin. 1 și 7 din Codul Civil.

Contestatoarea apreciază că respingerea ofertei sale s-a realizat cu încălcarea obligațiilor legale ce reveneau autorității contractante în procedura de evaluare a ofertei sale și cu ignorarea cerințelor din documentația de atribuire.

În punctul său de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 25397/29.07.2013, asupra contestațiilor, ... precizează că, în urma ședinței de verificare a documentelor solicitate, s-a comunicat operatorilor economici ... și ... prin adresele nr. 12432/17.07.2013 și 12433/17.07.2013, faptul că ofertele lor au fost respinse deoarece garanția de participare nu a fost constituită în conformitate cu prevederile art. 86 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respectiv nu este irevocabilă.

Autoritatea contractantă susține că modelul de formular F32 din documentația de atribuire este un model orientativ, operatorii economici ofertanți având obligația de a respecta cerințele din invitația de participare. Prin urmare, modelul de formular F32 nu a fost solicitat expres, fiind prevăzută posibilitatea alternativă pentru ofertanți de a constitui garanția de participare prin completarea F32 sau prin completarea unui alt model, dar care să conțină cel puțin datele din modelul de formular 32.

Autoritatea contractantă mai precizează că adresa nr. 12433/17.07.2013 a fost transmisă și la nr. de fax 0232/232.800 în data de 17.07.2013, numărul de fax fiind specificat de ... în scrisoarea de înaintare înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 10689/17.06.2013. De asemenea, autoritatea contractantă a solicitat furnizorului de telefonie lista detaliată pentru numărul de telefon prin care s-a transmis comunicarea pentru a putea dovedi confirmarea primirii acesteia, prin adresa nr. 13049/26.07.2013. S-a primit răspuns prin adresa nr. 13097/...

Dosarul achiziției publice și documentele necesare soluționării cauzei au fost atașate punctului de vedere fiind înregistrate la Consiliu sub nr. 25397/29.07.2013.

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

Procedura de atribuire aplicată de ..., în vederea atribuirii contractului de lucrări ...", este cererea de oferte online. Conform invitației de participare nr. ... publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost 17.06.2013,

ora 15. Valoarea estimată a contractului este de 4.113.307 lei, fără TVA.

Ulterior luării la cunoștință de rezultatul procedurii comunicat cu adresele nr. 12432/17.07.2013 și 12433/17.07.2013, pentru motivele evocate anterior, ... și ... au depus la Consiliu prezentele contestații.

Trecând la soluționarea contestațiilor formulate, Consiliul constată că, în invitația de participare, s-a prevăzut că Garanția de participare este de 70000 lei, din care quantumul corespunzător prevederilor art. 278 ind.1 este de 7506,43 lei și poate fi constituită și în euro, la un curs mediu licitat de BNR, la data publicării invitației de participare în SEAP. Perioada de valabilitate va fi de cel puțin 120 de zile de la data limită de depunere a ofertelor. Garanției de participare se constituie conform prevederilor art. 86 din HG 925/2006; [...] În cazul constituirii garanției printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară/societate de asigurări, se va completa F32 sau un alt model care să conțină cel puțin datele din acest formular. În cazul constituirii garanției printr-o bancă/societate de asigurări din străinătate, instrumentul de garantare va fi redactat într-o formulare echivalentă cu modelul prezentat în F32 și se va prezenta în condițiile de mai sus, însoțit de traducerea în limba română (autorizată și legalizată). În conținutul formularului se va menționa obligatoriu quantumul sumei corespunzătoare art. 278¹, de 7506,43 lei și punerea la dispoziție, către autoritatea contractantă a acestei sume, conform prevederilor legale. În orice situație, dovada constituirii garanției în original se va depune în original la sediul Autorității contractante [...]

Aceleași prevederi se regăsesc și în fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.a) Garanție de participare.

În procesul-verbal al ședinței de verificare a documentelor solicitate înainte de data și ora deschiderii ofertelor nr. 10696/17.06.2013, s-a consemnat pentru societățile ... și ... că garanția de participare nu a fost constituită în conformitate cu prevederile art. 86 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respectiv nu este irevocabilă. Comisia a decis respingerea ofertelor în temeiul prevederilor art. 33 alin. (3) lit. b) din hotărâre, întrucât garanția de participare *nu a fost constituită în forma solicitată în invitația de participare.*

Potrivit art. 86 invocat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire "(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 quantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire.* (2) *Garanția trebuie să fie irevocabilă.* [...]"

Conform art. 33 alin. (3) lit. b) din hotărâre reținut în decizia de respingere a ofertelor, "*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 quantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire.*"

Verificând garanțiile de participare depuse de cele două societăți, Consiliul constată că scrisoarea de garanție nr. GI/44674 din 17.06.2013, depusă de ... emisă de ..., și scrisoarea de garanție nr. 791/12.06.2013, depusă de ... emisă de ..., respectă întru totul formularul 32 pus la dispoziție de autoritatea contractantă.

Achiziția nu poate invoca drept motiv de respingere a ofertelor că scrisorile de garanții de participare nu sunt irevocabile, în condițiile în care ea, însăși, nu a impus expres în modelul de formular o astfel de prevedere.

În fișa de date a achiziției s-a precizat în mod clar că, *în cazul constituirii garanției printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară/societate de asigurări, se va completa F32 sau un alt model care să conțină cel puțin datele din acest formular*, ceea ce însemna, după cum arată și contestatoarea ... că ofertanții puteau alege să constituie garanția de participare în oricare dintre cele două modalități, respectiv Formularul F32 sau un alt model de formular cu aceleași informații, conjuncția utilizată "sau" dând posibilitatea alegerii, nu a obligației de a fi prezentat un alt model de formular.

Atât timp cât scrisorile de garanție de participare sunt în cuantum, forma și în perioada solicitată în documentația de atribuire ele nu pot fi considerate neconforme de comisia de evaluare, cu atât mai mult cu cât respectă întocmai formularul din documentație.

Separat de cele de mai sus este de reținut că alin. (2) al art. 86 prevede că garanția de participare trebuie să fie irevocabilă, nu că instrumentul de garantare (scrisoarea de garanție) trebuie să cuprindă vreo prevedere în acest sens.

Simplul fapt că în scrisorile de garanție prezentate de cele două contestatoare nu se precizează că garanțiile nu sunt irevocabile nu putea conduce automat la concluzia că ele sunt revocabile.

Potrivit art. 2321 alin. 1 Nodul Cod civil *scrisoarea de garanție este angajamentul irevocabil și necondiționat pe care o persoană, denumită emitent se obligă, la solicitarea unei persoane denumite ordonator, în considerarea unui raport obligațional preexistent, dar independent de acesta, să plătească o sumă de bani unei terțe persoane, denumită beneficiar, în conformitate cu termenii angajamentului asumat*. Așadar, prin definiție, scrisoarea de garanție este un angajament irevocabil.

Cu toate acestea, în cazul în care avea incertitudini și aprecia că este necesar, autoritatea contractantă putea să solicite ofertanților documente suplimentare emise de bancă prin care să fie precizat caracterul irevocabil/revocabil al scrisorilor de garanție.

Astfel fiind, Consiliul constată că, în mod nelegal, comisia a decis respingerea ofertelor ... și ... în temeiul art. 33 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Vizavi de transmiterea comunicării privind rezultatul procedurii către ... în data de 17.07.2013, la nr. de fax 0232/232.800, ca urmare a solicitării Consiliului, prin adresa nr. 4580/07.08.2013, această

societate a arătat că, în mod greșit, a indicat în scrisoarea de înaintare numărul de fax amintit, numărul său de fax fiind 0232/262.800. Având în vedere că autoritatea contractantă nu s-a asigurat de primirea documentului transmis și nu a întreprins niciun demers pentru a obține confirmarea primirii lui, cu atât mai mult cu cât contestatoarea a indicat două numere de fax, Consiliul va considera contestația ca fiind formulată în termenul legal prin raportare la data primirii prin poștă a comunicării (...)

În considerarea celor prezentate, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestațiile formulate de ... și ... și va anula procesul-verbal nr. 10696/17.06.2013, raportul procedurii nr. 12430/17.07.2013 și comunicările privind rezultatul procedurii. Va obliga autoritatea contractantă la luarea în considerare în evaluare a ofertelor celor două contestatoare și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

Redactată în cinci exemplare, cuprinde șapte pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,