



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, +40218900745 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 ... (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de ... cu sediul în ... înmatriculată la Registrul Comerțului ... sub nr. ... având Cod fiscal ... reprezentată legal prin ... - Director general, formulată împotriva procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. DAFE:18A/1146/08.08.2013 întocmit de ... cu sediul în în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Construcția variantei de ocolire Bacău”, coduri CPV 45233120-6 - *Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2)*, 45221111-3 - *Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului anularea în parte a procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, în ceea ce privește respingerea ofertei sale, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse sub aspectul constituirii garanției de participare.

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

DECIDE:

Admite contestația și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în maxim 10 zile de la primirea prezentei decizii, prin solicitarea de informații din partea contestatoarei privitor la întinderea garanției de participare și cu informarea celorlalți ofertanți privitor la menționarea eronată în

procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, a măsurii de respingere contestate, conform motivării ce urmează.

Obligatorie.

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 ... (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. atacă procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. DAFE:18A/1146/08.08.2013 întocmit de ... în calitate de autoritate contractantă în procedura mai sus arătată, considerându-l nelegal și a cărui anulare în parte o solicită. În fapt, contestatoarea arată că, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei sale în baza prevederilor art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925 /2006, coroborat cu art. 36 alin. (1) lit. a) și ale art. 81 din același act normativ, motivând că scrisoarea de garanție prezentată (nr. 198TM20130001/24.07.2013, însoțită de Amendamentul nr. 1/30.07.2013), „nu îndeplinește condiția de forma, așa cum este prevăzut în lege”.

Contrar opiniei autorității contractante, contestatoarea precizează faptul că „legea” nu impune o formă anume pentru constituirea garanției de participare, sediul materiei care reglementează acest aspect fiind art. 84 și următoarele din HG nr. 925/2006. Astfel, potrivit dispozițiilor acestora, „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”.

În concluzie, contestatoarea menționează că legiuitorul face vorbire de condiții ce au fost respectate de ea:

- forma de constituire: virament bancar sau un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări;
- modalitatea de prezentare: în original;
- cerințele obligatorii de îndeplinit: în quantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire.

Totodată, autoarea contestației face trimitere la „viciul de formă”, statuat prin intermediul art. 80 alin. (1) și alin. (3).

În opinia sa, faptul că în cuprinsul acestui document (scrisorii de garanție) nu este menționat un paragraf prevăzut în cadrul Formularului propus de autoritatea contractantă pentru constituirea garanției de participare - Formular 14 A (respectiv lit. e) a acestui

document), fiind menționat un paragraf similar și apropiat ca sens - paragraful d), ar fi permis autorității contractante să constate existența „unui viciu de formă” și, în consecință, să solicite clarificări în acest sens, înainte de a dispune respingerea ofertei.

De altfel, deși dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006 oferă autorității contractante posibilitatea de a respinge o ofertă, în opinia contestatoarei, acest aspect trebuie abordat doar după o justă și clară analiză a tuturor situațiilor de fapt.

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 (art. 84), iar acest comportament este expres definit în cadrul art. 87 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

În cadrul Formularului propus de autoritatea contractantă sunt enunțate și situațiile prevăzute de art. 278¹, iar din cuprinsul scrisorii de garanție reiese foarte clar faptul că petenta nu a avut nicio intenție de a eluda această cerință, ci doar nu a menționat ultima teză a acestui articol, dintr-o eroare umană.

Drept urmare, contestatoarea consideră că toate elementele prezentate mai sus converg către ipoteza că lipsa paragrafului invocat de autoritatea contractantă nu este decât un viciu de formă, viciu care poate fi îndreptat prin solicitarea de clarificări.

Ori, autoritatea contractantă nu a făcut decât să concluzioneze, în cadrul procesului-verbal, faptul că „Banca emitentă nu își asumă prevederile paragrafului e) din cadrul Formularului 14 A/ 14 B”, fără niciun temei sau documentare prealabilă.

De altfel, contestatoarea menționează că a și prezentat autorității contractante, în data de ... Amendamentul nr. 2/13.08.2013 la Scrisoarea nr. 198TM20130001/24.07.2013, prin care Banca își asumă în completarea celor inițial înscrise, prevederile alin. e) din modelul de formular, corectând viciul de formă identificat de autoritatea contractantă.

Pentru motivarea în drept a cererilor de anulare în parte a procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, în ceea ce privește respingerea ofertei sale, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, autoarea acestora invocă dispozițiile OUG nr. 34/2006 și pe cele ale HG nr. 925/2006.

Prin adresa nr. 54571/20.08.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 27785/20.08.2013, autoritatea contractantă a transmis Consiliului o parte din documentele aferente dosarului achiziției publice, cu mențiunea că documentația de atribuire poate fi accesată, în condițiile precizate la art. 274 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, în

format electronic, prin Sistemul Electronic de Achiziții Publice (SEAP).

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Construcția variantei de ocolire Bacău”, coduri CPV 45233120-6 – *Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2)*, 45221111-3 – *Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev.2)*, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din data de 30.04.2013.

Procedând la deschiderea celor 10 oferte depuse (inclusiv cea a contestatoarei), autoritatea contractantă a încheiat procesul-verbal nr. DAFE:18A/1146/08.08.2013.

Nemulțumită de decizia autorității contractante, consemnată în acest proces-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, de respingere a ofertei sale, sub pretextul nerespectării formei garanției de participare impuse prin documentația de atribuire, ... a înaintat Consiliului prezenta contestație, solicitând revizuirea ei.

Văzând criticile contestatoarei, precum și motivul de excludere din competiție a ofertei acesteia, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a adoptat o măsură ce excede chiar și propriului interes, participarea unui număr mare de ofertanți, nu doar dispozițiilor legale aplicabile.

În concordanță cu prevederile art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a exclude, încă din cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, acele oferte care „nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantum, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire”.

De asemenea, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a precizat în documentația de atribuire că în ședința de deschidere vor fi respinse ofertele de acest fel (subcapitolul *III.1.1.a) Garanție de participare* din fișa de date a achiziției: „Se va completa, după caz, Formularul 14A/14B. Ofertele care nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantum, forma și perioada de valabilitate solicitate în Documentatia de Atribuire vor fi respinse în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor. Referitor la GP, se vor aplica preved. art. 278 ind 1/OUG34/2006”).

De asemenea, în cadrul aceluiași subcapitol al documentației de atribuire (fișa de date a achiziției), autoritatea contractantă a precizat posibilitatea ca garanția de participare să fie emisă de o bancă sau de o societate de asigurări, sub forma unei scrisori de garanție bancare ori a unei polițe de asigurare sau să poată fi constituită prin virament bancar.

În sensul facilitării întocmirii documentului de consemnare a garanției de participare, autoritatea contractantă a pus la dispoziția ofertanților un formular privind conținutul scrisorii de garanție bancară (Formular 14A/14B), ce cuprinde mențiunea că banca se obligă la executarea ei, cu precizarea situațiilor (o enumerare de la litera a) la litera e) a acestora) care ar atrage această sancțiune, inclusiv în cazul în care ofertantul a formulat o contestație iar ulterior a renunțat la aceasta: *în baza art. 278¹ din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 și OUG 76/2010, 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, Ofertantul a depus contestație la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, iar ulterior Ofertantul a renunțat la contestație.*

Ori, tocmai absența acestui ultim paragraf din scrisoarea de garanție bancară (litera e) a enumerării din modelul pus la dispoziție de autoritatea contractantă) a fost interpretată de autoritatea contractantă drept nerespectare a formei garanției de participare, ce ar fi îndrituit-o la respingerea ofertei contestatoarei. Contrar aprecierilor autorității contractante, Consiliul consideră că forma garanției de participare (scrisoare de garanție/poliță de asigurare/virament bancar ș.a.) nu poate fi confundată cu elementele de informare din conținutul unui formular de prezentare a garanției în cauză.

În cauza de față, forma garanției de participare pentru care a optat contestatoarea este scrisoarea de garanție bancară, iar absența angajamentului băncii că va executa această garanție, în beneficiul autorității contractante, la cererea acesteia, în cazul retragerii contestației înaintate CNSC, trebuia să facă obiectul unei solicitări de clarificare/confirmare a conduitei băncii, înainte de respingerea ofertei din competiție.

De altfel, în concordanță cu dispozițiile de la alin. (6) al art. 33 din HG nr. 925/2006, orice decizie legată de calificarea sau nu a ofertanților, ori cu privire la evaluarea ofertelor, se adoptă de comisia de evaluare în ședințe ulterioare ședinței de deschidere a ofertelor.

În speța de față, autoritatea contractantă trebuia să sesizeze faptul că documentul în dispută conținea toate celelalte angajamente ale băncii emitente, de executare a garanției, iar lipsa ultimei condiții din formularul pus la dispoziție de autoritatea contractantă impunea o solicitare de informații de confirmare/clarificare a asumării ei de către bancă/motivelor absenței, aceasta reprezentând un viciu formal de întocmire a documentului, ce poate fi înlăturat, fără a se

considera că ar aduce atingere dispozițiilor legale explicite sau principiilor consacrate din domeniu.

Doar în cazul în care banca ar fi refuzat o astfel de posibilitate, ce ar fi fost contrară și dispozițiilor de la alin. (2) al art. 278¹ din OUG nr. 34/2006, cu modificările aduse de OUG nr. 77/2012, autoritatea contractantă era îndreptățită la excluderea ofertei, pe motiv că garanția de participare nu acoperea „întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului”, conform art. 43¹ din același act normativ, respectiv în cazul înaintării unei contestații.

În consecință, mențiunea de respingere a ofertei din cuprinsul procesului-verbal al ședinței de deschidere a fost eronată, impunându-se eliminarea ei, cu informarea tuturor celor ce au primit un exemplar al acestui document.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor de la alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în maxim 10 zile de la primirea prezentei decizii, prin solicitarea de informații din partea contestatoarei privitoare la întinderea garanției de participare și asupra situației de la punctul e) al formularului atașat documentației de atribuire, cu informarea celorlalți ofertanți ce au primit procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, privitor la menționarea eronată a măsurii de respingere contestate.

La punerea în aplicare a dispozițiilor prezentei, părțile vor avea în vedere caracterul obligatoriu al acestora, rezultând din art. 280 alin. (3) al OUG nr. 34/2006, precum și dreptul de a o ataca cu plângere, conform art. 281 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

...-...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

....