



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, + 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 1404/08.07.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 12716/08.07.2015, formulată de S.C. ... S.A., cu sediul în municipiul ..., ..., județul ..., având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și CIF ..., cu sediul procesual ales la ..., în municipiul ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 2363/03.07.2015, emisă de C..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., județul ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de ofertă” offline, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Modernizare drumuri locale, ..., Județul ...”, cod CPV 45233120-6, tip de finanțare: fonduri bugetare, s-a solicitat:

„- Anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 2363/03.07.2015, a tuturor actelor Autorității Contractante ce au stat la baza emiterii acesteia, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

- Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.A., în conformitate cu cele reținute în motivarea deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, și, pe cale de consecință, modificarea în parte a raportului procedurii în ceea ce privește oferta subscrisei cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale referitoare la garanția de participare, aplicarea criteriului de atribuire și atribuirea contractului de achiziție publică, precum și emiterea unei noi comunicări privind rezultatul procedurii”.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de către S.C. ... S.A., în contradictoriu cu C....

Dispune anularea raportului procedurii și obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de S.C. ... S.A. 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.

Dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor anterior decise.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) 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, S.C. ... S.A. contestă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 2363/03.07.2015, emisă de C..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de ofertă” offline, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Modernizare drumuri locale, ..., Județul ...”, cod CPV 45233120-6, tip de finanțare: fonduri bugetare, solicitând:

„- Anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 2363/03.07.2015, a tuturor actelor Autorității Contractante ce au stat la baza emiterii acesteia, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

- Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.A., în conformitate cu cele reținute în motivarea deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, și, pe cale de consecință, modificarea în parte a raportului procedurii în ceea ce privește oferta subscrisei cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale referitoare la garanția de participare, aplicarea criteriului de atribuire și atribuirea contractului de achiziție publică,

precum și emiterea unei noi comunicări privind rezultatul procedurii”.

Contestatorul precizează următoarele:

În fapt, Autoritatea Contractantă a publicat în S.E.A.P. Invitația de participare nr. ... din data de ..., prin care a adus la cunoștința operatorilor economici interesați organizarea procedurii de atribuire în cauză, la care contestatorul a depus ofertă, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

La data de 03.03.2015, în urma evaluării inițiale a ofertelor, Autoritatea Contractantă i-a comunicat, prin adresa nr. 886, că oferta sa s-a clasat pe locul al II-lea, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de ... Prin aceeași Comunicare se arată că oferta „a fost admisă (fiind corespunzătoare din punctul de vedere al documentelor de calificare și a propunerii tehnice)”.

Împotriva adresei antementionate, S.C. ... S.A. a formulat Contestația nr. 1248/09.03.2015, soluționată în mod definitiv de Curtea de Apel ..., prin Hotărârea civilă nr., prin care s-a dispus, inter alia:

- admiterea contestației și anularea rezultatului procedurii nr. 886 din data de 03.03.2015;

- obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertelor.

Ulterior, la data de 03.07.2015, Autoritatea Contractantă i-a transmis adresa nr. 2363, prin care a învederat următoarele:

- oferta depusă de S.C. ... S.A. a fost respinsă, fiind declarată inacceptabilă, „întrucât nu este însoțită de garanția de participare având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire, respectiv ați prezentat o perioadă de valabilitate a garanției de participare de 89 de zile față de 90 de zile de la data depunerii ofertelor”;

- procedura de atribuire a contractului a fost anulată în temeiul art. 209 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul consideră că Autoritatea Contractantă a declarat în mod neîntemeiat oferta sa drept inacceptabilă și, pe de altă parte, că măsura de anulare a procedurii este deopotrivă nelegală și abuzivă.

Contestatorul argumentează interesul său de a formula contestație.

Contestatorul consideră că prevederile legale invocate de către Autoritatea Contractantă în cadrul Comunicării nu își găsesc aplicabilitate în speță, deoarece Instrumentul de garantare nr. 409/22.01.2015 pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului, emis de Banca Transilvania, depus de

contestator în cadrul procedurii, respectă atât prevederile documentației de atribuire, cât și prevederile legale relevante.

Pe cale de consecință, sancțiunea aplicată este excesivă și nelegală, pentru următoarele considerente:

1. Oferta contestatorului a fost declarată acceptabilă în cadrul primei evaluări a ofertelor.

O primă verificare a cuantumului, formei și perioadei de valabilitate a garanției de participare este efectuată în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor.

Astfel cum rezultă din Procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 414/28.01.2015, comisia de evaluare a verificat Instrumentul de garantare depus de contestator și a constatat că acesta respectă cerințele solicitate prin documentația de atribuire.

Comisia de evaluare avea obligația de a respinge oferta contestatorului încă din cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, dacă aprecia că acesta nu are perioada de valabilitate solicitată prin documentația de atribuire.

Conformitatea Instrumentului de garantare este confirmată și de documentele întocmite de comisia de evaluare în perioada de evaluare a ofertelor:

- Raportul de expertiză preliminar (documente de calificare) în domeniul Achizițiilor Publice nr. 599/1 din 06.02.2015, potrivit căruia: „în calitate de expert cooptat, analizând toate documentele de înscriere și calificare înaintate de către operatorul economic S.C. ... S.A., propun Comisiei de evaluare admiterea ofertei înaintate, din punct de vedere a documentelor de calificare” și
- Raportul procedurii nr. 870/02.03.2015, care, referitor la evaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.A., în dreptul secțiunii privind garanția de participare, menționează următoarele: „Conform. Cerință îndeplinită”.

Prin urmare, revocarea deciziei de admitere a ofertei și respingerea acesteia pe un astfel de motiv nu denotă decât intenția Autorității Contractante de a elimina din cadrul procedurii singura ofertă admisibilă, și pe cale de consecință, de a anula procedura de atribuire.

2. Limitele reevaluării ofertelor sunt stabilite prin Hotărârea Curții de Apel

Prin Hotărârea civilă nr. ..., Curtea de Apel ... a dispus admiterea contestației S.C. ... S.A., prin care a solicitat „obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de ..., în conformitate cu cele reținute în motivarea instanței de judecată și,

pe cale de consecință, emiterea unui nou raport al procedurii cu aplicarea corespunzătoare a criteriului de atribuire exclusiv ofertelor declarate admisibile prin acest raport”.

Prin urmare, întrucât contestația a vizat exclusiv modul în care Autoritatea Contractantă a evaluat oferta ..., Curtea de Apel ... a impus limitele reevaluării ofertelor prin raportare la inadmisibilitatea ofertei depusă de către ..., iar Autoritatea Contractantă este ținută de acest cadru, care nu a vizat sub nicio formă reevaluarea ofertei S.C. ... S.A.

Față de aceste aspecte, reevaluarea ofertei S.C. ... S.A., care nu poate fi justificată în niciun caz prin prisma principiului tratamentului egal (raportat la cele reținute în motivarea hotărârii instanței), depășește cadrul impus de către instanța de judecată și demonstrează „insistența” Autorității Contractante de a elimina oferta S.C. ... S.A. din cadrul procedurii.

3. Garanția de participare are o perioadă de valabilitate de 90 de zile.

În cadrul Comunicării, Autoritatea Contractantă afirmă în mod eronat că Instrumentul de garantare are o perioadă de valabilitate de 89 de zile, și nu de 90 de zile, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire. Pentru a justifica modul de calcul al perioadei de valabilitate a Instrumentului de garantare, Autoritatea Contractantă face trimitere la prevederile art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/20062. Astfel, se remarcă faptul că, la calcularea perioadei de valabilitate a Instrumentului de garantare, Autoritatea Contractantă nu ia în considerare data de 28.01.2015, respectiv cea în care a avut loc deschiderea ofertelor.

Contrar celor susținute prin Comunicare, Instrumentul de garantare depus de S.C. ... S.A. în cadrul procedurii are o perioadă de valabilitate de 90 de zile, dat fiind că:

- la calculul termenului se ia în considerare și data de 28.01.2015, în care a avut loc deschiderea ofertelor;
- art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 prezintă modul de calcul al termenelor prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006, și nu modul de calcul al termenelor impuse de Autoritatea Contractantă în cadrul documentației de atribuire.

Perioada de valabilitate a Instrumentului de garantare cuprinde inclusiv data de 28.01.2015.

Potrivit secțiunii III.1.a) din Fișa de date a achiziției, „Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 86 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție

publică 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, cu modificările și completările ulterioare. Perioada de valabilitate a garanției pentru participare: va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei, respectiv 90 zile de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor”.

În același sens, potrivit art. 85 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, „Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în documentația de atribuire dacă pentru participarea la procedură este prevăzută obligația ofertanților de a constitui o garanție de participare. În cazul în care documentația de atribuire prevede o astfel de obligație, atunci aceasta trebuie să conțină și următoarele informații: [...] perioada de valabilitate a garanției de participare, care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire”.

Prin urmare, atât scrisoarea de garanție, cât și oferta depusă de un ofertant trebuie să fie valabile inclusiv la data deschiderii ofertelor.

O interpretare contrară a sintagmei „perioada de valabilitate a ofertei” ar conduce la posibilitatea absurdă ca un operator economic să își poată retrage oferta în ziua deschiderii ofertelor, fără a pierde garanția de participare, întrucât garanția de participare nu ar fi valabilă în respectiva zi.

Într-o astfel de ipoteză ar fi încălcat însuși scopul pentru care a fost prevăzută solicitarea garanției de participare, enunțat la art. 84 din H.G. nr. 925/2006.

Contestatorul solicită Consiliului să constate că perioada de valabilitate a Instrumentului de garantare depusă respectă cerințele documentației de atribuire.

Contestatorul consideră că Autoritatea Contractantă a încălcat principiul proporționalității, arătând că respingerea ofertei sale pentru așa-zisa neconstituire valabilă a garanției de participare:

- la o dată ulterioară ședinței de deschidere a ofertelor și contrar celor constatate în cadrul evaluării inițiale a ofertelor;

- prin reevaluarea ofertei sale cu încălcarea limitelor stabilite printr-o hotărâre judecătorească definitivă și cu încălcarea prevederilor legale și a cerințelor stabilite prin documentația de atribuire, apare ca o măsură vădit disproporționată, excesivă și abuzivă, în raport de scopul urmărit prin procedura de atribuire, respectiv încheierea contractului de achiziție publică.

Contestatorul consideră că Autoritatea Contractantă a anulat procedura de achiziție publică în mod nelegal, neaflându-se în situația prevăzută de art. 209 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006.

Conform art. 93 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, Autoritatea Contractantă are obligația de a finaliza procedura de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică, cu excepția cazurilor prevăzute la art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006. În același sens sunt și prevederile art. 204 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora „autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă”.

Potrivit art. 93 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, „autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii”. Întârzierea încheierii contractului sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii constituie încălcări ale principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. f) și g) din O.U.G. nr. 34/2006 și se sancționează în consecință. De altfel, ofertantul care se consideră lezat de un astfel de comportament are dreptul de a sesiza A.N.R.M.A.P., în temeiul art. 93 alin. (5) din H.G. nr. 925/2006.

Contestatorul consideră că Autoritatea Contractantă a eliminat în mod abuziv și nelegal oferta sa din cadrul procedurii de atribuire. Prin urmare, deși, aparent, decizia de anulare a Autorității Contractante se încadrează în prevederile art. 209 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, reținerea acestui motiv pentru anularea procedurii nu poate fi primită, dată fiind vădita admisibilitate a ofertei.

Alegațiile Autorității Contractante în ceea ce privește expirarea valabilității garanțiilor de participare și a ofertelor, care ar impune anularea procedurii, nu pot fi primite cât timp Autoritatea Contractantă avea obligația stabilirii în mod corespunzător a perioadei de valabilitate a ofertelor și a garanțiilor de participare, dar și a solicitării prelungirii valabilității acestora, dacă este cazul.

Art. 6 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 stipulează obligațiile autorităților contractante în ceea ce privește stabilirea și prelungirea perioadei de valabilitate a ofertelor și a garanției de participare:

- perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să se întindă până la momentul încheierii

contractului/ acordului-cadru; atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații;

- autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire.

Neobservarea dispozițiilor legale antecitate ar conduce la recunoașterea posibilității Autorității Contractante de a respinge ca inacceptabilă oferta contestatorului în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, chiar și în ipoteza în care garanția de participare ar fi satisfăcut cerința neîntemeiată a Autorității Contractante de a fi valabilă până la data de 28.04.2015. Or, este evident că Autoritatea Contractantă nu ar fi putut adopta o astfel de măsură, care ar fi fost în mod vădit abuzivă și nelegală, Autoritatea Contractantă invocându-și propria culpă pentru sancționarea contestatorului. O astfel de măsură ar contraveni, fără putință de tăgadă, principiului de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Faptul că obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare incumbă autorității contractante a fost reținut și în jurisprudența instanțelor judecătorești (de ex. Decizia civilă nr. 7392 din 5 noiembrie 2012 a Curții de Apel Alba Iulia).

Mai mult, nici aserțiunea Autorității Contractante din Comunicare potrivit căreia nu a solicitat prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare întrucât „toate ofertele depuse au fost respinse fiind considerate inacceptabile și neconforme” nu poate fi reținută, dat fiind că în urma primei evaluări a ofertelor, oferta contestatorului a fost declarată admisibilă, fiind clasată pe locul al II-lea. Prin urmare, Autoritatea Contractantă avea obligația de a solicita contestatorului prelungirea garanției de participare.

Menținerea deciziei de anulare a procedurii poate conduce la aplicarea de către A.N.R.M.A.P. a unor sancțiuni severe, respectiv amendă de până la 100.000 lei (art. 294 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006).

Prin anularea procedurii, Autoritatea Contractantă a încălcat principiul eficienței utilizării fondurilor.

Anularea procedurii produce grave prejudicii nu doar în patrimoniul contestatorului, dar și în patrimoniul Autorității Contractante. Organizarea unei noi proceduri de atribuire de o asemenea anvergură va conduce la noi eforturi în sarcina Autorității Contractante și, automat, la noi costuri ce vor afecta semnificativ bugetul acesteia.

De asemenea, trebuie avut în vedere și că art. 287 din O.U.G. nr. 34/2006 prevede dreptul operatorilor economici de a solicita plata de despăgubiri pentru repararea prejudiciului reprezentând cheltuieli de elaborare a ofertei sau de participare la procedura de atribuire, în cazul încălcării prevederilor legislației achizițiilor publice. În mediatizatului caz Harmon CFEM Fagades (UK) Limited, în contradictoriu cu House of Commons - Corporate Officer, instanța a rezumat dreptul reclamantului la despăgubiri după cum urmează: dacă un ofertant a fost în mod eronat privat de un contract, sau de șansa reală sau substanțială de a i se atribui un contract; dacă, prin urmare, a avut costuri nerecuperate legate de procesul de atribuire ori a „pierdut șansa” de a recupera asemenea costuri sau a pierdut profitul net și contribuția la cheltuielile indirecte ale firmei pe care le-ar fi obținut altfel, ori șansa de a face acest lucru, atunci ofertantul are dreptul la recuperarea daunelor suferite.

Pentru toate aceste motive, contestatorul solicită admiterea contestației.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006, precum și pe cele ale H.G. nr. 925/2006.

Prin adresa nr. 2433/13.07.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 12960/13.07.2015, autoritatea contractantă a transmis „Punct de vedere” cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

La procedura de atribuire în cauză au fost depuse 7 oferte. În urma procesului de evaluare a ofertelor, conform Raportului procedurii de atribuire nr. 870/02.03.2015, Comisia de evaluare a hotărât respingerea ca inacceptabile și neconforme a 5 din cele 7 oferte depuse, iar ofertele depuse de ... și S.C. ... S.A. ... au fost declarate admisibile (acceptabile și conforme). În urma aplicării criteriului de atribuire, „prețul cel mai scăzut”, oferta depusă de ... a fost declarată câștigătoare procedurii, oferta S.C. ... S.A. clasându-se pe locul 2.

Rezultatul procedurii a fost contestat de către S.C. ... S.A. ..., iar prin Decizia nr. ..., C.N.S.C. a menținut rezultatul procedurii stabilit de autoritatea contractantă prin Raportul procedurii nr. 870/02.03.2015.

S.C. ... S.A. ... a atacat la Curtea de Apel ... decizia C.N.S.C. nr. ... și în data de 26.05.2015, Curtea de Apel ..., prin Hotărârea civilă nr. 1046, soluționează definitiv, în sensul că admite contestația S.C. ... S.A. ..., anulează rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. 886/03.03.2015, obligând autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor.

..., luând act de Hotărârea civilă nr. ... pronunțată de Curtea de Apel ..., a pus în aplicare dispozitivul precum și considerentele acesteia.

În acord cu cele decise de instanță, respectiv: „Cu privire la anularea tuturor celorlalte acte subsecvente rezultatului nr. 886/03.03.2015, instanța constată că petenta avea obligația să le arate în concret, nefiind suficientă indicarea generică a acestora, astfel că în lipsa indicării în concret a acestora nu este dovedită nici existența lor, iar instanța nici nu se poate pronunța cu privire la acestea”, Comisia de evaluare a anulat adresele nr. 885/03.03.2015 și nr. 886/03.03.2015, reprezentând rezultatul procedurii pentru ... și respectiv pentru S.C. ... S.A.

În urma reevaluării tuturor ofertelor, Comisia de evaluare a stabilit, pe de o parte, că la reverificarea aspectelor de legalitate a celor 5 oferte declarate inițial inacceptabile și/sau neconforme, acestea se confirmă, Comisia menținând decizia inițială.

Pe de altă parte, la reevaluarea ofertelor ... și S.C. ... S.A. ..., comisia de evaluare a constatat că și aceste 2 oferte sunt inacceptabile, astfel că toate cele 7 oferte depuse la procedură sunt inacceptabile și/sau neconforme.

În consecință, în conformitate cu art. 209 alin. (1) lit. a) din O.U.G. 34/2006, Comisia a hotărât anularea procedurii de atribuire.

În ceea ce privește motivele invocate de S.C. ... S.A. ... în contestația sa, acestea sunt netemeinice și nelegale.

În primul rând, faptul că oferta depusă de contestatoare a fost inițial declarată acceptabilă, iar ulterior, după reevaluarea ofertelor, a fost declarată inacceptabilă, nu contravine prevederilor legale în materia achizițiilor publice. Dimpotrivă, reevaluarea ofertelor este în acord cu prevederile art. 2 alin. (4) din H.G. 925/2006.

Cum în cadrul deciziei pronunțată de către Instanță nu se interzice evaluarea totală a ofertelor, Comisiei de evaluare nu numai ca îi este permis, ci chiar îi este impus de lege. Nu se poate declara o ofertă admisibilă și ulterior câștigătoare, în condițiile în care se cunoaște faptul că aceasta nu respectă unele cerințe impuse prin documentația de atribuire, sub pretextul că nu s-ar mai putea verifica respectivele cerințe. Nici nu intră în competența

instanței (sau Consiliului) să interzică autorității contractante reevaluarea totală legală a calificării ofertanților și a conformității ofertelor sale, întrucât ar însemna să i se interzică autorității să își îndeplinească obligațiile reglementate de legislația în materia achizițiilor publice și pentru care răspunde. În caz contrar, s-ar ajunge la situația să se declare admisibilă și câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile impuse, situație care ar atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal.

Autoritatea contractantă își însușește și asumă erorile grave făcute în prima etapă de evaluare a ofertelor și în special cele făcute asupra ofertei depusă de S.C. ... S.A. Aceste erori provin din faptul că în cadrul procedurii a fost cooptat un expert extern, Rotaru Valeriu Eugen, care a evaluat și întocmit toate documentele procedurii, inducând într-o gravă eroare Comisia de evaluare a ofertelor, neobservând neconformitatea cu privire la garanția de participare. În acest sens, rezultatul procedurii de atribuire stabilit inițial în Raportul procedurii de atribuire nr. 870/02.03.2015 diferă de rezultatul recomandărilor făcute de către expertul cooptat în raportul sau de specialitate nr. 16/02.03.2015, dar acestea sunt semnate și însușite de către ..., fără a face vreo mențiune sau observație în Raportul procedurii nr. 870/02.03.2015.

De asemenea, cu toate ca expertul extern cooptat concluzionează în Raportul său de specialitate nr. 599/1 din 06.02.2015 că S.C. ... S.A îndeplinește cerințele documentelor de calificare, documentele invocate de către S.C. ... S.A. ... în contestația sa nr. 1404/08.07.2015 la pct. (17), respectiv anexa 5 și anexa 6 (pag. 15 din Raportul de expertiză preliminar și pag. 6 din Raportul procedurii) care au fost întocmite exclusiv de către expertul extern cooptat, nu au nicio legătură cu prezenta procedură de atribuire.

Spre exemplu, în extrasul prezentat în anexa nr. 5 se prezintă cerința privind modalitatea constituirii garanției de participare care se referă la suma de „74.000 lei” față de 70.800 lei cât este corect în fișa de date a achiziției, iar modul de îndeplinire a cerinței consemnată a fi îndeplinită de către S.C. ... S.A. ... ar fi „o scrisoare de garanție bancară nr. 7442 din 04.12.2014 cu o valoare de 31.500 lei fiind valabilă până la data de 06.04.2015”, care diferă în mod evident de documentul depus în mod concret odată cu oferta și anume Instrumentul de garantare nr. 409/22.01.2015 emis de Banca Transilvania.

În cadrul autorității contractante ... nu există depuse în mod oficial în cadrul Comisiei de evaluare, Rapoartele expertului cooptat

nr. 599/1 din 06.02.2015 și nr. 16/02.03.2015, la care contestatoarea face vorbire. De asemenea, expertul extern cooptat a întocmit punctul de vedere nr. 1086 din 18.03.2015 care susține rezultatul procedurii din Raportul procedurii nr. 870/ 02.03.2015, acesta fiind contrar recomandărilor făcute prin Raportul expertului nr. 16/02.03.2015.

Așadar, revocarea deciziei Comisiei de evaluare de stabilire ca acceptabilă a ofertei contestatoarei este absolut legală, altfel s-ar ajunge la situația declarării admisibile și câștigătoare a unei oferte care nu îndeplinește condițiile impuse, situație care atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal. Oricum procedura a fost viciată în mod grav prin acceptarea inițială a ofertei S.C. ... S.A. ..., care ar fi fost respinsă, dacă Comisia ar fi identificat neconformitatea la timp. Și în acest sens, Comisia este obligată să aplice și să respecte principiul tratamentului egal, în sensul de a nu favoriza un ofertant care nu îndeplinește cerințele impuse prin documentația de atribuire, atribuindu-se astfel în mod nelegal contractul.

În al doilea rând, S.C. ... S.A. ... este într-o gravă eroare când afirmă că „limitele reevaluării ofertelor sunt stabilite prin Hotărârea Curții de Apel ...”. Este lesne de înțeles că instanța de judecată nu a fost investită vreodată cu declararea sau constatarea admisibilității, sub toate aspectele, a ofertei contestatoarei, situație pentru care nici nu s-a pronunțat în această privință. Instanța a dispus „reevaluarea ofertelor”, sub toate aspectele, inclusiv a ofertei depusă de S.C. ... S.A. Nu de puține ori Consiliul și/sau Curtea de Apel au punctat că orice hotărâre a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, iar nu pe documente neclare sau contradictorii.

Prin pronunțarea Hotărârii Curții de Apel ..., aceasta nu poate fi interpretată ca o tranșare / rezolvare a tuturor aspectelor de legalitate cu privire la ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire, motivat de faptul că instanța nu se poate pronunța decât cu privire la aspectele cu care a fost legal investită. Astfel, hotărârea Curții de Apel ... privește, în exclusivitate, câteva aspecte de nelegalitate din oferta depusă de ..., pronunțându-se pe aspectele pe care a fost legal investită și nimic mai mult.

Chiar dacă instanța, în cadrul deciziei sale, anulează doar în parte actele emise în cadrul procedurii de atribuire, nimic nu împiedică autoritatea contractantă să își revoce propriile acte în scopul reverificării concluziilor asumate prin rezultatul revocat /

anulat. Este de neînchipuit că vreo instanță, vreodată, ar putea cenzura voința membrilor din comisia de evaluare de a reverifica temeinic și cu maximă atenție ofertele, astfel încât să elimine orice risc de a săvârși o greșeală în etapa de reevaluare a ofertelor.

În al treilea rând, motivele invocate de contestatoare cu privire la modul de calcul al termenului privind perioada de valabilitate a garanției de participare și a perioadei de valabilitate a ofertelor vizează absurdul, neavând nicio bază legală.

Cerința de calificare prevăzută în Fișa de date a achiziției cu privire la Garanția de participare prevede: „Ofertantul va constitui o garanție pentru participare eliberată în numele ofertantului în cuantum de 70.800 lei care va fi emisă de către o societate bancară/societate de asigurări sau prin virament bancar în contul deschis la Trezoreria Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 86 din H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006. [...] Perioada de valabilitate a garanției pentru participare: va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei, respectiv 90 zile de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor. [...]”.

În speță, Comisia a dat eficiență următoarelor dispoziții legale prevăzute în H.G. nr. 925/2006:

a. art. 33 alin. (3) lit. b) - în cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantum, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire;

b. art. 36 alin. (1) lit. a) - oferta este considerată inacceptabilă dacă se încadrează în categoria celor prevăzute la art. 33 alin. (3);

c. art. 85 lit. b) - perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire;

d. art. 86 alin. (1) - garanția de participare se constituie [...] în cuantum și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire.

Comisia reține că la art. 43¹ alin. (2) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006 se prevede: „autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare, în vederea participării la procedura de atribuire a contractului. Documentația de atribuire trebuie să conțină următoarele informații [...]: b)

perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei [...]”.

Perioada minimă de valabilitate a garanției specificată de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției este de 90 de zile de la data limită de depunere a ofertelor.

La stabilirea modului de calcul al perioadei de valabilitate a garanției de participare și implicit a perioadei de valabilitate a ofertelor, Comisia a avut în vedere prevederile art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006.

În acest caz, perioada de valabilitate a garanției de participare și implicit a valabilității ofertelor este de 90 de zile de la data depunerii ofertelor, respectiv de la data de 28.01.2015 până la data de 28.04.2015 inclusiv.

În data de 28.01.2015, S.C. ... S.A. ... a depus oferta cu adresa de înaintare nr. 102, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 402 din 28.01.2015, ora 09:20. Ofertantul a prezentat Instrumentul de garantare nr. 409/22.01.2015 emis de Banca Transilvania, reprezentând garanția de participare la licitația „Modernizare drumuri locale, ..., Județul ...” în cuantum de 35.400 lei pentru o perioadă de valabilitate de 89 de zile, respectiv până la data de 27.04.2015. Ofertantul prezintă declarație privind încadrarea în categoria I.M.M.-urilor - formularul nr. 10, conform Legii nr. 346/2004.

Cum data depunerii ofertelor a fost 28.01.2015, ora 10:00, termenul de 90 de zile, calculat conform art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 se sfârșește la data de 28.04.2015, care reprezintă ultima zi pe care trebuia să o acopere instrumentul de garantare privind garanția de participare prezentată de ofertant.

Chiar dacă s-ar lua în calculul celor 90 de zile și data de 28.01.2015, perioada de sfârșit a valabilității garanției de participare este tot 28.04.2015, deoarece autoritatea contractantă a prevăzut o perioadă de valabilitate a garanției de participare de 90 de zile de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Având în vedere că o zi reprezintă 24 de ore, rezultă că termenul curge de la data de 28.01.2015 ora 10:00 până la data de 28.04.2015 ora 10:00. Astfel, cele 90 de zile integrale s-ar încheia în data de 28.04.2015 ora 10:00 și nu în 27.04.2015. Deoarece data de 28.01.2015 are o durată de numai 14 ore (de la ora 10:00 până la ora 00:00, aceasta nu poate fi luată în considerare ca o zi întreagă.

Or, Instrumentul de garantare nr. 409/22.01.2015 depus de ofertanta S.C. ... S.A. ..., are valabilitate doar până la data de

27.04.2015, așa cum rezultă din chiar conținutul acestuia, ceea ce înseamnă că nu este respectată condiția valabilității garanției de participare pe termenul de 90 de zile de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, impus de autoritatea contractantă.

Valabilitatea garanției de participare începe de la data depunerii ofertelor și acoperă perioada până la expirarea valabilității acesteia, așa că temerea contestatoarei că „un operator economic poate să își retragă oferta în ziua deschiderii ofertelor, fără a pierde garanția de participare, întrucât garanția de participare nu ar fi valabilă în respectiva zi” este neîntemeiată.

Baza legală de stabilire a termenelor limită de început și de sfârșit privind perioada de valabilitate a garanției de participare și a valabilității ofertelor este dată de art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 și nu se află la latitudinea autorității contractante, așa cum insinuează contestatoarea. La latitudinea autorității contractante stă, într-adevăr, stabilirea intervalului de timp, respectiv stabilirea numărului de zile a perioadei de valabilitate (de 30, 60 sau 90 de zile), dar nu stă în puterea acesteia de a stabili când începe și când se termină, altfel decât a stabilit în mod uniform legiuitorul pentru toate termenele actelor procedurale (a se vedea Hotărârea civilă nr. 287 din 09 februarie 2011 pronunțată de Curtea de Apel Pitești - Secția Comercială și de Contencios Administrativ și Fiscal care prevede: „Cum această ședință a avut loc la data de 06.12.2010, termenul de 90 de zile, calculat conform art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, se sfârșește la 06.03.2011, care reprezintă ultima zi pe care trebuia să o acopere scrisorile de garanție bancară de participare prezentate de ofertanți”).

Daca nici art. 3 lit. z) din O.U.G. 34/2006 nu ar fi aplicabil în speță, atunci autoritatea contractantă nu ar avea libertatea de a stabili cum ar dori termenele, ci legiuitorul a prevăzut, conform art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, aplicarea dreptului comun: „în măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”.

În acest sens, art. 180 și următoarele din Codul de Procedură Civilă prevăd: art. 181 alin. (1) pct. 2): „când termenul se socotește pe zile, nu intră în calcul ziua de la care începe să curgă termenul, nici ziua când se împlinește”. În acest caz, termenul de 90 de zile s-ar încheia în data de 29.04.2015, obligație pe care contestatoarea, de asemenea, nu o îndeplinește.

De altfel, atât contestatoarea S.C. ... S.A. ... cât și ceilalți ofertanți au prevăzut o perioadă de valabilitate a ofertelor de 90 de zile având ca dată finală cel puțin data de 28.04.2015, care trebuie

să fie egală cu perioada de valabilitate a garanției de participare. În formularul de ofertă prezentat de S.C. ... S.A. ..., acesta precizează: „Ne angajăm să menținem această ofertă valabilă pentru o perioadă de 90 zile (nouazecizile), respectiv până la data de 28.04.2015”. Este evident că S.C. ... S.A. a prevăzut o perioadă de valabilitate a garanției de participare mai mică decât cea a valabilității ofertelor, așa cum rezultă din cele expuse mai sus.

În aceste condiții, Comisia de evaluare nu poate cere clarificarea/completarea acestei neconformități evidente, deoarece ar crea un avantaj în favoarea contestatoarei, încălcând în mod grav principiul tratamentului egal și intrând sub incidența dispozițiilor art. 201 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu privire la circumstanțele factice, Comisia de evaluare a stabilit că, prin constituirea garanției de participare pe o durată mai scurtă decât cea prevăzută, respectiv de 89 de zile (de la 28.01.2015 până la 27.04.2015) și nu de 90 de zile (de la 28.01.2015 până la 28.04.2015), așa cum a fost prevăzută în documentația de atribuire, ofertantul S.C. ... S.A. ... a încălcat cerința din documentația de atribuire, cât și dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b) și art. 86 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, care fac trimitere la perioada de valabilitate a garanției de participare. Comisia a mai reținut prevederile art. 33 alin. (3) lit. b) din același act normativ potrivit căruia: „în cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care [...] nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire”, situație în care oferta S.C. ... S.A. ... se încadrează cu certitudine. Din această perspectivă rezultă că, prin respingerea ofertei S.C. ... S.A. ..., Comisia de evaluare a procedat în mod legal și întemeiat.

Astfel, S.C. ... S.A. ... a prezentat o perioadă de valabilitate a garanției de participare de 89 de zile în condițiile în care prin fișa de date a achiziției s-a solicitat în mod expres o valabilitate de 90 de zile. Or, ofertantul avea obligația de a depune oferta conform cerințelor din documentația de atribuire, așa cum prevede în mod imperativ și art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006.

În fapt, atitudinea ofertantului, care nu a respectat cerințele legale imperative privind îndeplinirea condițiilor din documentația de atribuire, conduce la încadrarea acestei situații în dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b) și art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006. Așadar, Comisia de evaluare a constatat că situația ofertantului S.C. ... S.A. ... se încadrează în dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b)

din H.G. nr. 925/2006 și în mod corect a respins această ofertă ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006.

În ceea ce privește anularea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, după reevaluarea ofertelor dispusă de Curtea de Apel ... prin Hotărârea nr. 1046 din 26.05.2015, Comisia de evaluare, ținând cont de prevederile art. 2 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, a constatat că la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare drumuri locale, ..., Județul ...” au fost depuse numai oferte inacceptabile și neconforme. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, Comisia de evaluare a dispus anularea procedurii.

Având în vedere că autoritatea contractantă a finalizat inițial procedura de atribuire în data de 03.03.2015, așteptând perioada de 6 zile, semnând contractul de lucrări în data de 10.03.2015, iar la data expirării valabilității garanțiilor de participare și a ofertelor, respectiv 29.04.2015, era în vigoare Decizia C.N.S.C. nr. 464/48/C10/296 din 16.04.2015, care menținuse rezultatul procedurii stabilit prin Raportul procedurii de atribuire nr. 870/02.03.2015, autoritatea contractantă nu mai avea nici un temei legal de a solicita prelungirea valabilității garanțiilor de participare și a ofertelor.

În prezent, întrucât toate ofertele depuse au fost respinse, fiind considerate inacceptabile și neconforme, autoritatea contractantă nu are, de asemenea, niciun motiv și nici temei legal de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, așa cum este prevăzut la art. 6 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006.

Autoritatea contractantă precizează că procedura a făcut obiectul unei verificări a A.N.R.M.A.P. (A.N.A.P.), iar C... a prezentat toate erorile, de altfel asumate, pe care Comisia de evaluare le-a făcut ca urmare semnării fără a cunoaște conținutul documentelor elaborate și întocmite în exclusivitate de către expertul extern cooptat Rotaru Valeriu Eugen în prezenta procedură, inclusiv Raportul procedurii nr. 870/02.03.2015. După reevaluarea ofertelor, din examinarea cu atenție a documentelor elaborate de expertul extern cooptat, Comisia de evaluare a constatat erori grave pe care le-a făcut expertul extern cooptat, inducând în eroare cu bună știință Comisia de evaluare.

Prin adresa nr. 1432/03.08.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 14625/04.08.2015, S.C. ... S.A. a formulat „Concluzii scrise și

răspuns la punctul de vedere al autorității contractante” în urma studierii dosarului cauzei, prin care reiterează solicitarea de admitere a contestației astfel cum a fost formulată.

În ceea ce privește nelegalitatea și netemeinicia deciziei Autorității Contractante:

1. Autoritatea Contractantă nu a respectat limitele reevaluării ofertelor.

Contrar celor menționate de Autoritatea Contractantă în cadrul Punctului de vedere, aceasta era ținută, la reevaluarea ofertelor, de limitele impuse prin Hotărârea civilă nr. 1046/ 26.05.2015 a Curții de Apel

Autoritatea Contractantă nu avea niciun motiv să reevalueze oferta S.C. ... S.A., având în vedere faptul că din motivarea Hotărârii civile nr. ..., rezultă că instanța s-a pronunțat doar cu privire la oferta ... De altfel, rezultă și din cele reținute de Comisia de evaluare în cadrul Procesului verbal nr. 5 al ședinței de evaluare a ofertelor înregistrat cu nr. 2360 din 03.07.2015 că, în temeiul hotărârii judecătorești referite, „comisia de evaluare a ofertelor va ține cont de aspectele de legalitate pronunțate de Curtea de Apel ... care vizează anumite elemente din oferta ... pentru care a fost legal investită” (pag. 1 din Procesul-verbal nr. 5).

Sușinerile Autorității Contractante potrivit cărora „cum în cadrul deciziilor pronunțate de către Consiliu sau Instanță nu se interzice evaluarea totală a ofertelor, Comisiei de evaluare nu numai că îi este permis, ci chiar îi este impus de lege” (pag. 4 din Procesul-verbal nr. 5) apar ca nefondate și în raport cu practica Consiliului.

2. Autoritatea Contractantă aduce atingere principiului asumării răspunderii (i) Comisia de evaluare este exclusiv răspunzătoare pentru evaluarea ofertelor.

Autoritatea Contractantă încearcă să justifice necesitatea reevaluării ofertei S.C. ... S.A., declarată inițial acceptabilă, prin invocarea pretinselor erori intervenite în cadrul procedurii ca urmare a cooptării expertului extern, în persoana domnului Rotaru Valeriu Eugen. Pretinde, astfel, Autoritatea Contractantă, că expertul „a evaluat și întocmit toate documentele procedurii, inducând într-o gravă eroare Comisia de evaluare a ofertelor, neobservând neconformitatea cu privire la garanția de participare” (pag. 2 din Punctul de vedere).

Astfel de alegații reprezintă doar subterfugii ale Autorității Contractante pentru a justifica o măsură abuzivă adoptată cu scopul precis de a evita atribuirea contractului către S.C. ... S.A.,

deși oferta acesteia este acceptabilă. Autoritatea Contractantă nu se poate sustrage de la respectarea principiului asumării răspunderii, prin identificarea unor „vinovați” pentru pretensele erori intervenite pe parcursul procedurii de atribuire. Contestatorul invocă dispozițiile art. 2 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006. În doctrina de specialitate s-a reținut că „asumarea răspunderii, concepută ca principiu, ar trebui să concretizeze interdicția autorității contractante de a „arunca” vina pe altcineva pentru faptele sale, de a se eschiva răspunderii ce-i revine, pe de o parte, iar pe de altă parte, obligația de a își recunoaște aceste fapte (eventual greșeli) și de a își face autocritica [...]”.

În al doilea rând, rezultă din ansamblul prevederilor H.G. nr. 925/2006, inter alia, din prevederile art. 33 alin. (6), art. 34 alin. (1) și alin. (2), art. 39 alin. (1), art. 72 alin. (2) lit. a), b), h), i) și l), art. 83, că raspunderea pentru analizarea, verificarea și evaluarea ofertelor, precum și pentru redactarea documentelor aferente, aparține comisiei de evaluare.

În al treilea rând, în măsura în care, într-adevăr, expertul cooptat ar fi redactat toate documentele procedurii (și implicit toate evaluările ofertelor depuse), „inducând într-o gravă eroare Comisia de evaluare a ofertelor”, Autoritatea Contractantă ar fi trebuit să manifeste un comportament diligent față de toate ofertele depuse în cadrul procedurii. Aplicând raționamentul (eronat) al Autorității Contractante potrivit căruia „dacă comisia ar fi identificat neconformitatea la timp, oferta acestuia ar fi fost respinsă, iar astăzi nu am mai discuta despre acest aspect”, nu poate fi exclusă ipoteza apariției unor erori inclusiv în evaluarea celorlalte oferte.

Cu toate acestea, astfel cum reiese din Procesul-verbal nr. 5, referitor la celelalte oferte depuse în cadrul procedurii, Autoritatea Contractantă se rezumă la o scurtă observație: „se menține comunicarea transmisă prin adresa [...] în ceea ce privește decizia care vizează direct oferta proprie, fiind considerată o respingere definitivă a ofertei, conform art. 206 alin. (1¹) din O.U.G. 34/2006” (pag. 2 din Procesul-verbal nr. 5).

În contextul afirmațiilor Autorității Contractante în sensul pretensei vicieri a etapei de evaluare a ofertelor, măsura respingerii celorlalte oferte în mod definitiv, în temeiul art. 206 alin. (1¹) din O.U.G. nr. 34/2006 apare ca fiind în totală contradicție cu susținerile acesteia în sensul necesității reevaluării totale a ofertelor.

Devine astfel evident că Autoritatea Contractantă a manifestat „o deosebită meticulozitate și diligență” exclusiv în ceea ce privește

oferta S.C. ... S.A., în vederea identificării oricărei neconformități de natură să atragă respingerea ofertei S.C. ... S.A. și, pe cale de consecință, anularea procedurii.

Nu în ultimul rând, Autoritatea Contractantă nu poate invoca prin Punctul de vedere, motive noi privind respingerea ofertei S.C. ... S.A. (evaluarea și întocmirea documentelor de către expertul cooptat), care nu au fost cuprinse în Comunicarea rezultatului procedurii și nu se regăsesc nici în Procesul verbal nr. 5 și nici în Erata nr. 2361 din 03.07.2015 la Raportul procedurii nr. 870 din 02.03.2015 ca urmare a punerii în aplicare a Hotărârii Curții de Apel ... nr. 1046 din 25.06.2015.

Comisia de evaluare s-a pronunțat cu privire la valabilitatea Instrumentului de garantare depus de S.C. ... S.A. încă de la momentul deschiderii ofertelor, actele ulterioare ale comisiei de evaluare și ale expertului cooptat nefăcând decât să confirme această valabilitate. Astfel, se remarcă din Procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 414/28.01.2015, că în urma deschiderii ofertelor, comisia de evaluare a statuat că nu există niciun operator economic a cărui ofertă să fi fost respinsă în cadrul ședinței de deschidere. În dreptul motivului respingerii ofertelor pentru „lipsă/neconformitate garanție de participare”, comisia de evaluare a menționat „nu este cazul”.

Comisia de evaluare avea obligația, în conformitate cu prevederile art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, de a respinge, în cadrul ședinței de deschidere, a acelor oferte care „nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantum, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire”. Comisia de evaluare ar fi putut constata, astfel, pretinsa neconformitate a termenului de valabilitate a Instrumentului de garantare depus de S.C. ... S.A. încă de la momentul deschiderii ofertelor.

Prin urmare, nu poate fi reținută afirmația Autorității Contractante în sensul că oferta S.C. ... S.A. s-ar încadra în situația prevăzută la art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, cât timp, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, comisia de evaluare a confirmat faptul că Instrumentul de garantare a fost emis în cuantum, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire.

Autoritatea Contractantă pretinde că expertul cooptat ar fi indus „într-o gravă eroare Comisia de evaluare”, însă acest aspect este contrazis de Procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, ședință în cadrul căreia, conform art. 33 alin. (4) din H.G.

nr. 925/2006, participă membrii comisiei de evaluare și reprezentanții operatorilor economici prezenți la ședință.

Astfel că, Autoritatea Contractantă nu se poate „ascunde” în spatele expertului cooptat pentru a încerca să justifice o măsură abuzivă adoptată după aproape șapte luni de la deschiderea ofertelor și care contrazice aspectele constatate la momentul deschiderii ofertelor.

Participarea expertului cooptat în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu numai că nu era necesară raportat la dispozițiile art. 33 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, însă expertul nu avea nici cum să exercite vreo atribuție sau vreun rol în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor. Scopul desemnării, atribuțiile și rolul experților cooptați sunt clar precizate în mod limitativ în cadrul art. 73 din H.G. nr. 925/2006. Din ansamblul acestor prevederi rezultă că scopul desemnării experților cooptați este acela de a „sprijini activitățile de evaluare”, iar rolul/aportul efectiv al acestora constă în „obligația de a elabora un raport de specialitate cu privire la aspectele tehnice, financiare sau juridice asupra cărora, pe baza expertizei pe care o dețin, își exprimă punctul de vedere”. Prin urmare, este nefondată afirmația Autorității Contractante în sensul că expertul cooptat ar fi putut induce comisia de evaluare în eroare cu privire la valabilitatea Instrumentului de garantare depus de S.C. ... S.A., cât timp valabilitatea Instrumentului de garantare a fost confirmată de comisia de evaluare încă de la momentul deschiderii ofertelor.

Comisia de evaluare adoptă decizii în mod independent.

Autoritatea Contractantă încearcă să aroge rapoartelor întocmite de către expertul cooptat un caracter mai important decât cel prevăzut de lege. Potrivit art. 73 alin. (6) din H.G. nr. 925/2006, „raportul de specialitate prevăzut la alin. 5 este destinat să faciliteze comisiei de evaluare adoptarea deciziilor în cadrul procesului de analiză a ofertelor și de stabilire a ofertei/ofertelor câștigătoare”.

Interpretarea acestor dispoziții, în sensul rolului acestor rapoarte în cadrul evaluării ofertelor, a făcut în trecut obiectul jurisprudenței Consiliului.

Prin urmare, este evident că, în procesul de analiză și evaluare a ofertelor, comisia de evaluare are obligația de a adopta decizii în mod independent și că eventualele rapoarte întocmite de experții cooptați nu pot aduce atingere acestei obligații, comisia de evaluare fiind ținută să adopte decizii în baza convingerilor proprii.

Astfel că, afirmația Autorității Contractante în sensul că „raportul procedurii de atribuire nr. 870/02.03.2015 diferă de rezultatul recomandărilor făcute de către expertul cooptat în raportul său de specialitate nr. 16/02.03.2015” nu prezintă nicio relevanță și, mai mult, demonstrează chiar faptul că membrii comisiei de evaluare au efectuat propria analiză cu privire la ofertele depuse, și nicidecum că membrii comisiei de evaluare ar fi fost influențați de recomandările făcute de către expertul cooptat, astfel cum pare că pretinde Autoritatea Contractantă.

Alegațiile Autorității Contractante în ceea ce privește faptul că Raportul procedurii de atribuire nr. 870/02.03.2015 ar fi fost întocmit în mod „exclusiv de către expertul extern cooptat” sunt nefondate și eronate, cât timp se poate observa faptul că Raportul procedurii de atribuire a fost semnat de către toți membrii comisiei de evaluare, aceștia însușindu-și, astfel, pe deplin și integral toate aspectele cuprinse în Raportul procedurii de atribuire, prin semnarea și ștampilarea documentului.

De altfel, această afirmație nu are niciun temei legal, întrucât obligația întocmirii Raportului procedurii de evaluare aparține comisiei de evaluare.

Astfel:

- potrivit art. 72 alin. (2) lit. I) din H.G. nr. 925/2006 „atribuțiile comisiei de evaluare sunt: [...] I) elaborarea raportului procedurii de atribuire, astfel cum este acesta prevăzut la art. 213 alin. (2) din ordonanța de urgență”;
- potrivit art. 83 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 „după finalizarea evaluării ofertelor, comisia de evaluare are obligația de a elabora raportul procedurii de atribuire, care se semnează de către toți membrii comisiei de evaluare, inclusiv de către președintele acesteia”.

Semnarea documentelor în legătură cu care legea prevede în mod clar că emitentul este comisia de evaluare, de către un terț/expert cooptat, nu este de natură a diminua răspunderea emitentului pentru respectivele documente.

Din această perspectivă, sunt relevante și prevederile art. 73 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 care prevăd în mod explicit faptul că „numai membrii comisiei de evaluare au drept de vot”. Prin urmare, decizia de a considera oferta S.C. ... S.A. admisibilă, astfel cum rezultă din Raportul procedurii de atribuire, nu avea cum să aparțină expertului cooptat, acesta neavând drept de vot.

Neconcordanțele indicate de către Autoritatea Contractantă în ceea ce privește diferitele rapoarte de specialitate/puncte de

vedere ale expertului cooptat nu prezintă, de asemenea, nicio relevanță, cât timp Raportul procedurii de atribuire nr. 870/02.03.2015 reflectă analiza, punctul de vedere și decizia comisiei de evaluare.

Încercarea Autorității Contractante de a identifica erori în cadrul documentelor întocmite pe parcursul procedurii de atribuire, pentru a-și justifica măsura abuzivă și nelegală, este în mod evident forțată, Autoritatea Contractantă ajungând să se contradică, în această încercare nenaturală de a demonstra preținse erori.

Astfel, desi Autoritatea Contractantă pretinde Consiliului să observe că „Raportul procedurii de atribuire nr. 870/02.03.2015 diferă de rezultatul recomandărilor făcute de către expertul cooptat în raportul său de specialitate nr. 16/02.03.2015”, două paragrafe mai jos face precizarea „în mod ferm că în cadrul autorității contractante ... nu există depus în mod oficial în cadrul Comisiei de evaluare, Rapoartele expertului cooptat nr. 599/1 din 06.02.2015 și nr. 16/02.03.2015 la care contestatoarea face vorbire”. Această declarație fermă a Autorității Contractante este vădit „fantezistă” cât timp, pe de o parte, S.C. ... S.A. nu a făcut vorbire în Contestație despre raportul nr. 16/02.03.2015 iar, pe de altă parte, Autoritatea Contractantă pretinde că rapoartele nu au fost depuse în mod oficial în cadrul comisiei de evaluare, dar se raportează la acestea pentru a arăta că diferă față de Raportul procedurii de atribuire. Raportul nr. 16/02.03.2015 a fost transmis de către expertul cooptat în atenția completului 10 din cadrul Consiliului, prin e-mail la data de 26.03.2015, și este parte din dosarul nr. 296/C10/2015.

Nu în ultimul rând, negarea faptului că Raportul expertului cooptat nr. 599/1 din 06.02.2015 ar fi fost depus în mod oficial în cadrul comisiei de evaluare, conduce în mod clar la concluzia că Raportul procedurii de atribuire reflectă opinia comisiei de evaluare în ceea ce privește admisibilitatea ofertei S.C. ... S.A.

3. Autoritatea Contractantă ignoră prevederile legale referitoare la valabilitatea și scopul constituirii garanției de participare.

Autoritatea Contractantă are dreptul, potrivit art. 33 alin. (3) lit. b) coroborat cu art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006, să respingă ofertele care nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire.

Deși pretinde că „baza legală de stabilire a termenelor limită de început și de sfârșit privind perioada de valabilitate a garanției de participare și a valabilității ofertelor este dată de art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, Autoritatea Contractantă nu demonstrează aplicabilitatea acestui articol pentru calcularea perioadei de valabilitate a garanției de participare, indicând doar temeiul „avut în vedere” de Comisia de evaluare. Or, pentru ca acest temei să poată fi opus S.C. ... S.A., în contextul în care acesta nu reprezintă un temei legal, ci unul convențional, Autoritatea Contractantă avea obligația de a comunica S.C. ... S.A. faptul că perioada de valabilitate a ofertelor și a garanției de participare va fi calculată în considerarea prevederilor art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006. Lipsa acestei mențiuni a Autorității Contractante nu poate, prin urmare, să conducă la respingerea ofertei.

În vederea evitării nașterii unor astfel de interpretări eronate cu privire la metoda de calcul al valabilității garanției de participare, în doctrina de specialitate s-a reținut în mod expres că este recomandabil ca „în documentația de atribuire să se stabilească o anumită dată până la care oferta trebuie să fie valabilă”.

În ceea ce privește alegațiile Autorității Contractante în sensul determinării perioadei de valabilitate a ofertelor prin raportare la ora depunerii ofertelor (ora 10:00 din data de 28.01.2015), raționamentul deficitar al Autorității Contractante ar fi putut fi eventual considerat valabil în ipoteza în care termenul ar fi fost stabilit pe ore. Or, cum în cauza de față termenul pentru valabilitatea garanției de participare a fost stabilit pe zile, calculul termenului nu se poate realiza altfel decât pe zile.

Raportat la perioada de valabilitate a ofertelor, afirmația Autorității Contractante în sensul că ar fi „evident că S.C. ... SA a prevăzut o perioadă de valabilitate a garanției de participare mai mică decât cea a valabilității ofertelor” nu prezintă nicio relevanță, posibilitatea S.C. ... S.A. de a prevedea o perioadă de valabilitate a garanției de participare mai mică decât perioada de valabilitate a ofertei nefiind interzisă de lege, cât timp S.C. ... S.A.:

- a respectat prevederile art. 43¹ alin. (1) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, asigurând o perioadă de valabilitate a garanției de participare „cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei”;

- a respectat termenul de 90 de zile impus prin documentația de atribuire atât pentru valabilitatea ofertei, cât și pentru valabilitatea garanției de participare.

Atât oferta cât și Instrumentul de garantare depuse de S.C. ... S.A. îndeplinesc cerința privind perioada de valabilitate minimă de 90 de zile impusă de Autoritatea Contractantă prin documentația de atribuire.

Raportat la scopul constituirii garanției de participare, prin depunerea Instrumentului de garantare nr. 409/22.01.2015 emis de Banca Transilvania se asigură pe deplin protecția instituită de lege pentru Autoritatea Contractantă, aceea de a fi protejată față de un eventual comportament necorespunzător al S.C. ... S.A. Or, apare evident faptul că în perioada de 90 de zile solicitată pentru valabilitatea garanției de participare, indiferent de modul în care se calculează aceasta, Autoritatea Contractantă a fost pe deplin protejată, în absența oricărui comportament necorespunzător al S.C. ... S.A. care reprezintă însuși scopul constituirii garanției.

Autoritatea Contractantă nu a înțeles să respecte spiritul legislației aplicabile și să facă aplicarea art. 6 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 care impunea în sarcina sa obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și garanției de participare. Nu numai că nu și-a respectat această obligație, dar Autoritatea Contractantă pretinde, în mod indirect, că ofertanții ar fi trebuit să efectueze demersuri în sensul unei astfel de prelungiri. Autoritatea nu își poate invoca propria culpă în ceea ce privește obligația de a solicita prelungirea valabilității documentelor referite prin „pasarea” acestei responsabilități ofertanților, deși legea nu impune nicio astfel de responsabilitate în sarcina acestora.

Or, respingerea abuzivă a ofertei S.C. ... S.A. pentru o așa-zisă nerespectare a perioadei de valabilitate a garanției de participare cu 1 zi, la mai bine de 3 luni de la data expirării acesteia ignoră scopul constituirii garanției de participare. Este evident faptul că Autoritatea Contractantă a intenționat respingerea ofertei S.C. ... S.A., câtă vreme, o atitudine diligentă a Autorității Contractante, după aflarea soluției date de Curtea de Apel ..., ar fi fost să solicite prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare.

În ceea ce privește nelegalitatea anulării procedurii, prin respingerea ofertei admisibile a S.C. ... S.A. pe un motiv vădit „artificial” și care a fost „căutat” de Autoritatea Contractantă pentru a respinge oferta, Autoritatea Contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii. Se observă și din Procesul verbal nr. 5, prin insistența cu care Autoritatea Contractantă își justifică măsura adoptată în ceea ce privește oferta S.C. ... S.A., că aceasta

depune eforturi considerabile pentru a dovedi legalitatea deciziei de respingere a ofertei.

Autoritatea Contractantă își justifică măsura de respingere a ofertei S.C. ... S.A. sub aspectul valabilității garanției de participare, prin invocarea unor multiple și diverse argumente, detaliate pe parcursul a două pagini, în contextul în care în opinia Comisiei de evaluare acest motiv de respingere a ofertei este „în mod evident” legal și întemeiat.

Mai mult chiar, Comisia de evaluare se apleacă asupra ofertei S.C. ... S.A. într-un mod excesiv față de modul în care înțelege să evalueze oferta DRUMURI ȘI PODURI S.R.L. cu privire la care argumentele Comisiei de evaluare se limitează la o jumătate de pagină.

Față de toate aceste aspecte, S.C. ... S.A. solicită Consiliului să constate faptul că prin respingerea, în mod netemnic și nelegal, a ofertei sale, Autoritatea Contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, oferta depusă de S.C. ... S.A. fiind admisibilă.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, este adresa nr. 1432/03.08.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 14625/04.08.2015, transmisă de S.C. ... S.A.

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

C... a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „cerere de ofertă” offline, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Modernizare drumuri locale, ..., Județul ...”, cod CPV 45233120-6, tip de finanțare: fonduri bugetare, prin publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. .../

Conform invitației de participare anterior menționată și documentației de atribuire aferentă, criteriul de atribuire ales este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 3.887.580 RON fără TVA.

Anterior pe rolul Consiliului, s-a aflat dosarul 464 aferent contestației formulate de S.C. ... S.A. împotriva adresei adresei nr. 886/03.03.2015 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de C..., soluționată prin Decizia Consiliului nr. ..., prin care s-a respins ca nefondată contestația formulată de S.C. ... S.A. în contradictoriu cu C... și s-a dispus continuarea procedurii.

Împotriva Deciziei Consiliului nr. ..., a formulat plângere S.C. ... S.A. care a format obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul Curții de Apel ... – Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, soluționat prin Hotărârea civilă nr. 1046/2015 din data de 26.05.2015, prin care s-a dispus: *“Admite contestația și dispune anularea rezultatului procedurii nr. 886/03.03.2015, Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor (...).”*

În vederea punerii în aplicare a Hotărârii civile nr. 1046/2015 din data de 26.05.2015, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertelor depuse. În urma derulării procesului de evaluare și analiză a ofertelor, toate ofertele depuse au fost respinse ca inacceptabile/neconforme, astfel autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire în cauză, în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) litera a) din O.U.G. nr. 34/2006, toate aceste aspecte fiind consemnate în cadrul Eratei la Raportul procedurii nr. 870/02.03.2015 (ca urmare a punerii în aplicare a Hotărârii Curții de Apel ... nr. 1046 din 25.06.2015.

Ulterior evaluării ofertelor și comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, S.C. ... S.A. a depus la Consiliu contestația de față.

Analizând criticile formulate de societatea contestatoare, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de acesta ca fiind inacceptabilă. Astfel, sunt avute în vedere aspecte legate de modul de constituire a garanției de participare.

Trecând la analiza celor mai sus reclamate, Consiliului constată următoarele:

Potrivit actului nr. 2363/03.07.2015 de comunicare a rezultatului procedurii oferta depusă de S.C. ... S.A. a fost respinsă, fiind declarată inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006 motivat de faptul că *„(...) nu este însoțită de garanția de participare având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire, respectiv ați prezentat o perioadă de valabilitate a garanției de participare de 89 de zile față de 90 de zile de la data depunerii ofertelor.”*

Referitor la fondul cauzei, Consiliul va proceda la soluționarea contestației formulate, analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Raționamentul conturat de S.C. ... S.A., potrivit căruia în mod nelegal autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea și a

ofertei sale, în condițiile în care S.C. ... S.A. a solicitat prin contestația depusă anterior (și care a fost admisă de Curtea de Apel ... prin Hotărârea civilă nr. ...) reevaluarea ofertei depuse de către ..., astfel contestația depusă a vizat exclusiv modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta depusă de ..., nu este judicios și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele prezentate în continuare.

În urma derulării procesului de reevaluare a ofertelor pot fi descoperite și alte neconformități ale ofertelor depuse, însă important este să nu fie neglijate cele constatate la prima evaluare.

Trebuie subliniat faptul că nici nu intră în competența instanței sau a Consiliului să interzică autorității contractante reevaluarea totală legală a calificării ofertantului și a conformității ofertei sale, întrucât ar însemna să interzică autorității să își îndeplinească obligațiile pe care i le atribuie legislația pe linie de achiziții publice și pentru care ea răspunde (ar însemna ca autoritatea să nu poată respinge o ofertă inacceptabilă sau neconformă pe motivele întemeiate și legale pe care le cunoaște doar sub pretextul că ele nu au fost examinate de instanță/Consiliu, care ar ajunge să i se substituie astfel în atribuții autorității).

Revine autorității contractante responsabilitatea pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile impuse (inacceptabilă sau neconformă), situație care atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal (cât și a funcționarilor săi vinovați).

În continuare, problema ce se impune a fi dezlegată este aceea dacă garanția de participare depusă de S.C. ... S.A. respectă cerințele solicitate de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire.

Astfel, în cadrul fișei de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în discuție, au fost menționate cerințele minime de calificare ce urmau a fi îndeplinite de către operatorii economici participanți la procedură. Între acestea, autoritatea contractantă a stabilit la pct. III.1.1.a) „Garanția de participare” ca ofertanții să prezinte:

„Ofertantul va constitui o garanție pentru participare eliberată în numele ofertantului în cuantum de 70.800 lei care va fi emisă de către o societate bancară/societate de asigurări sau prin virament

*bancar în contul deschis la Trezoreria Garantia 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 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, cu modificările și completările ulterioare. Garantia de participare poate fi eliberată în numele ofertantului și în alta valută, la un curs mediu afișat de BNR, din data publicării invitației de participare. **Perioada de valabilitate a garanției pentru participare: va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei respectiv 90 zile de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor.** 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. Garantia de participare emisă în alta limbă decât româna va fi prezentată în original și va fi însoțită de traducerea autorizată și legalizată în limba română. (model orientativ Formular nr. 3 - secțiunea formulare.*

Cont de virament bancar: RO92TREZ0625006XXX000087."

Din examinarea documentelor aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul reține că S.C. ... S.A. a depus odată cu oferta, următorul înscris: Instrument de garantare nr. 409/22.01.1015, emis de către Banca Transilvania – Sucursala ..., emis în data de 22.01.2015, reprezentând garanția de participare la procedura de atribuire „Modernizare drumuri locale, Comuna Berzumți, județul ...”, în cuantum de 35.400 lei. S.C. ... S.A. a depus Declarația privind încadrarea în categoria I.M.M.-urilor – Formularul nr. 10, potrivit Legii nr. 346/2004. În cadrul documentului antemenționat, emitentul a specificat faptul că „Prezenta garanție este valabilă până la data de 27.04.2015”.

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă în cadrul actului de comunicare a rezultatului procedurii, și ulterior în cadrul punctului de vedere formulat, în favoarea argumentelor care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depusă de asocieria S.C. ... S.A., potrivit căruia „Cum ședința de deschidere a ofertelor a avut loc la data de 28.01.2015, termenul de 90 de zile, calculat conform art. 3 lit. z din O.U.G. nr.34/2006, se sfârșește la data de 28.04.2015”, nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare ca fiind relevant, din următoarele considerente:

- în soluționare, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale incidente în cauză:

- art. 43¹ din O.U.G. nr. 34/2006 – *„Perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, la stabilirea acesteia fiind avute în vedere dispozițiile art. 276 alin. (1), astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire”;*
- art. 171 din O.U.G. nr. 34/2006 – *„Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă”;*
- art. 6 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 – *„Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să se întindă până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru. Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. Fără a afecta prevederile art. 93 alin. (3) și asumându-și implicațiile prevederilor art. 97 alin. (4) lit. b), autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire”;*
- art. 85 din H.G. nr. 925/2006 – *„autoritatea contractantă are obligația de a preciza în documentația de atribuire dacă pentru participarea la procedură este prevăzută obligația ofertanților de a constitui o garanție de participare”;*
- art. 88 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 – *„Garanția pentru participare, constituită de ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, se restituie de autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data constituirii garanției de bună execuție”;*

- având în vedere cele mai sus evocate, Consiliul apreciază că din cadrul juridic anterior invocat, rezultă că legiuitorul a lăsat la aprecierea autorității contractante dacă aceasta din urmă va solicita sau nu depunerea garanției de participare; în acest sens, fiind formulate și prevederile art. 84 din H.G. nr. 925/2006, conform 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”;

- în situația în care autoritatea contractantă apelează la acest beneficiu legal, în conformitate cu dispozițiile art. 85 din cadrul aceluiași act normativ, anterior invocat „*are obligația de a preciza în documentația de atribuire dacă pentru participarea la procedură este prevăzută obligația ofertanților de a constitui o garanție de participare”;*

- în raport de cele mai sus reținute, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu își poate invoca propria culpă vizavi de prelungirea valabilității garanției de participare, precum și a valabilității ofertelor, ce revine autorității contractante, întrucât acest instrument a fost creat de legiuitor în beneficiul, exclusiv al autorității contractante. În mod corelativ, Consiliul apreciază că prelungirea valabilității garanției de participare, precum și a valabilității ofertelor poate fi complinit, prin solicitarea de către autoritatea contractantă, ca până la momentul semnării contractului, ofertantul în cauză să remedieze situația respectivă;

- în continuare având a verifica dacă instrumentul de garantare depus de societatea contestatoare repectă solicitarea autorității contractante, vizavi de perioada de valabilitate a garanției de participare, Consiliul observă așa cum a fost mai sus reținut, faptul că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici vizavi de garanția de participare, respectarea următoarei cerințe: **„Perioada de valabilitate a garanției pentru participare: va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei respectiv 90 zile de la data limita stabilită pentru depunerea ofertelor”;**

- potrivit invitației de participare nr. ..., pct. IV.3.5) data limită stabilită pentru depunerea ofertelor a fost 28.01.2015;

- instrumentul de garantare nr. 409/22.01.2015 depus de către S.C. ... S.A., este valabil de la data emiterii, respectiv 22.01.2015, până la data de 27.04.2015, respectiv pentru o perioadă de 96 zile, respectând astfel solicitarea autorității contractante, respectiv 90 de zile, de la data de 28.01.2015, termen care sfârșește la data de 27.04.2015;

- argumentul adus de autoritatea contractantă, precum că având în vedere că ședința de deschidere a ofertelor a avut loc la data de 28.01.2015, termenul de 90 de zile, calculat conform art. 3 lit. z din O.U.G. nr.34/2006, se sfârșește la data de 28.04.2015, care reprezintă ultima zi pe care trebuia să o acopere instrumentul de garantare privind garanția de participare, respectiv faptul că

termenul de valabilitate al garanției de participare este unul procedural, pentru care se aplică normele Codului de procedură civilă, este greșit, întrucât nu toate termenele din ordonanță sunt procedurale. În această categorie de termene intră doar cele care privesc (ne-) îndeplinirea unor acte de procedură, deci în cadrul unei proceduri jurisdicționale, cum este cea în fața Consiliului, iar nu orice fel de acte. Art. 3 litera z) din O.U.G. nr. 34/2006 este incident în cazul modalității de calcul al termenelor prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006 și nu la modalitatea de calcul al termenul impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire. În sens contrar s-ar ajunge la concluzii absurde, cum este de exemplu cazul prevăzut la art. 49 alin. (3) lit. a) din ordonanță, unde legea prevede un termen de o zi pentru îndeplinirea unui act juridic, însă în accepțiunea contestatoarei termenul ar fi în realitate de trei sau mai multe zile, fiind calculat pe zile libere;

- în speța de față, valabilitatea instrumentului de garantare depășește perioada de valabilitate solicitată de autoritatea contractantă, cu 6 zile, întrucât așa cum a fost mai sus reținut a fost emis de către Banca Transilvania – sucursala ..., la data de 22.01.2015, deci anterior termenului stabilit pentru data limită de valabilitate a ofertei, contrar opiniei autorității contractante de a nu lua în considerare în calculul valabilității a datei de 28.01.2015, reprezentând data limită de depunerea ofertelor. Consiliul apreciază că atâta vreme cât instrumentul de garantare în discuție a început să își producă efectele începând cu data de 22.01.2015 (data emiterii), argumentul adus de autoritatea contractantă nu este eronat, întrucât efectele juridice ale înscrisului în discuție sunt incidente pe întreaga perioadă de valabilitate, nu se poate susține că acestea sunt suspendate în data de 28.01.2015;

- în atari condiții, în determinarea perioadei de valabilitate a garanției pentru participare, se ia în calcul și ziua de 28.01.2015, reprezentând data limită pentru depunerea ofertelor, respectiv și a deschiderii ofertelor, astfel că perioada de valabilitate a garanției de participare solicitată a fi de 90 de zile, de la data limita stabilită pentru depunerea ofertelor, este în intervalul 28.01.2015 - 27.04.2015.

Calculul întocmit de autoritatea contractantă este lipsit de temei legal. Astfel, aceasta pornește de la premisa că data depunerii ofertelor nu trebuie luată în calcul în ceea ce privește valabilitatea garanției, raționament în mod evident, greșit.

Potrivit dispozițiilor art. 2321 din codul civil „Scrisoarea de garanție”, *“(1) Scrisoarea de garanție este angajamentul irevocabil*

și necondiționat prin 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.

(...)

(7) Dacă în textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel, aceasta produce efecte de la data emiterii ei și își încetează de drept valabilitatea la expirarea termenului stipulat, independent de remiterea originalului scrisorii de garanție”.

În cazul de față, în calculul perioadei de valabilitate a garanției și a ofertei, intră și ziua deschiderii ofertei. Ar fi lipsit de sens a considera că în ziua depunerii ofertelor/ziua deschiderii ofertelor acestea nu ar fi valabile, deci valabilitatea lor ar începe să curgă din ziua următoare. Similar, garanția de participare depusă de ofertantă este pe deplin valabilă la data deschiderii ofertelor. Astfel, calculul întocmit de contestatoare este corect, garanția de participare emisă la data de 22.01.2015 cu valabilitate până la data de 27.04.2015, respectă termenul de 90 zile de la data de 28.01.2015, solicitat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Termenul prevăzut la art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 este un termen procedural, respectiv un interval de timp prescris de lege, necesar pentru exercitarea unor drepturi sau îndeplinirea unor acte sau, în care exercitarea unor drepturi sau îndeplinirea unor acte este oprită. În cazul de față, vorbim de perioada de valabilitate a unui act, iar potrivit actului normativ special, respectiv art. 2321 din codul civil, acesta este valabil de la momentul emiterii lui și până în ultima zi de valabilitate, asemeni oricărui act: poliță de asigurare, buletin de identitate, permis de conducere, cazier judiciar, autorizații diverse, certificate constatatoare, certificate privind plata impozitelor și taxelor etc, putând fi folosite potrivit scopului pentru care au fost emise din prima până în ultima zi. Așa cum oferta este valabilă încă din momentul deschiderii ei, în mod identic, și garanția aflată în perioada de valabilitate este valabilă la momentul depunerii/deschiderii ofertei. A considera că perioada de valabilitate începe să curgă din ziua următoare depunerii/deschiderii ofertelor, echivalează cu faptul că în ziua respectivă, orice ofertant își poate retrage oferta, deoarece nu a început, încă, să curgă perioada de valabilitate nici pentru ofertă și nici pentru garanție, o asemenea ipoteză fiind lipsită de sens.

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Constanța într-o speță similară, respectiv faptul că în mod eronat autoritatea contractantă nu a luat în calcul ca dată de început al acestor angajamente (garanția de participare) data limită de depunere a ofertelor (ce concordă cu data deschiderii ofertelor), angajamentul existent în oferta financiară începând odată cu deschiderea ofertelor și nu de a doua zi în Sentința civilă nr. 68/02.04.2014 pronunțată în dosarul 140/36/2014.

Nici argumentele aduse de autoritatea contractantă, care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în cauză, potrivit cărora „După reevaluarea ofertelor dispusă de Curtea de Apel ... prin Hotărârea nr. 1046 din 26.05.2015, Comisia de evaluare, ținând cont de prevederile art. 2 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, a constatat că la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare drumuri locale, ..., Județul ...” au fost depuse numai oferte inacceptabile și neconforme. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, Comisia de evaluare a dispus anularea procedurii.

Având în vedere ca la data prezentei, atât valabilitatea garanțiilor de participare cât și valabilitatea tuturor ofertelor depuse a expirat, neconsemnându-se vreo prelungire din inițiativa ofertanților implicați în procedura, Comisia de evaluare constată ca și din acest punct de vedere se impune anularea procedurii de atribuire. La data expirării valabilității garanției de participare și a ofertelor, respectiv 29.04.2015, era în vigoare Decizia C.N.S.C, nr. 464/48/C10/296 din 16.04.2015, care menținuse rezultatul procedurii stabilit prin Raportul procedurii de atribuire nr. 870/02.03.2015, astfel ca la acea data procedura era finalizată și nu mai era necesară prelungirea valabilității garanției de participare și a ofertelor. Întrucât toate ofertele depuse au fost respinse fiind considerate inacceptabile și neconforme, autoritatea contractantă nu are niciun motiv de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, așa cum este prevăzut la art 6 alin. (2) din H.G. 925/2006”, nu vor fi reținute de Consiliu ca fiind relevante în soluționare, având în vedere că, așa cum a fost mai sus reținut, autoritatea contractantă nu își poate invoca propria culpă vizavi de prelungirea valabilității garanției de participare, precum și a valabilității ofertelor, ce revine autorității contractante, întrucât, astfel cum s-a precizat anterior, acest instrument a fost creat de legiuitor în beneficiul, exclusiv al autorității contractante. În mod corelativ, Consiliul apreciază că prelungirea valabilității garanției de

participare, precum și a valabilității ofertelor poate fi complinit, prin solicitarea de către autoritatea contractantă, ca până la momentul semnării contractului, ofertantul în cauză să remedieze situația respectivă.

Este demn de reținut aspectul invocat de către societatea contestatoare în cadrul contestației formulate, respectiv faptul că inclusiv instanțele judecătorești acționează direcția abordată de autoritatea contractantă, respectiv faptul că obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare incumbă autorității contractante, elocventă fiind în acest sens Decizia civilă nr. 7392 din 5 noiembrie 2012 a Curții de Apel Alba Iulia, unde Curtea a reținut următoarele: *„in speța, Curtea apreciaza, contrar celor retinute de către Consiliu, ca este vorba despre o situație excepțională care obliga autoritatea contractanta să solicite participanților la procedura prelungirea valabilitatii ofertelor și a garanțiilor de participare. Situația excepțională rezulta din faptul că perioada de valabilitate stabilită inițial a expirat din culpa autorității contractante, care nu a respectat dispozițiile legale în materie și a determinat formularea mai multor contestații, în urma cărora a fost obligată să reia procedura. **Așadar, dat fiind faptul că prelungirea procedurii de atribuire a determinat expirarea perioadei de valabilitate a ofertelor și ca aceasta prelungire este imputabila autorității contractante, și nu ofertanților, se impunea ca aceasta să solicite prelungirea valabilitatii ofertelor și a garanției de participare**”.*

În mod corelativ, Consiliul va reține ca fiind relevant în soluționare și aspectul menționat de societatea contestatoare, respectiv *„(...) nici aserțiunea Autorității Contractante din Comunicare potrivit careia nu a solicitat prelungirea valabilitatii ofertelor și a garanțiilor de participare întrucât "toate ofertele depuse au fost respinse fiind considerate inacceptabile și neconforme" nu poate fi reținută, dat fiind că în urma primei evaluări a ofertelor, oferta subscrisei a fost declarată admisibilă, fiind clasată pe locul al II-lea. Prin urmare, Autoritatea Contractanta avea obligația de a solicita subscrisei prelungirea garanției de participare”.*

Având în vedere toate aspectele mai sus evocate, solicitările contestatorului privind anularea comunicării rezultatului procedurii și reevaluarea ofertei depuse de S.C. ... S.A., sunt întemeiate, urmând a fi admise de Consiliu.

Față de cele constatate, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va

admite contestația formulată de S.C. ... S.A., în contradictoriu cu C... și va anula raportul procedurii de atribuire și comunicările privind rezultatul procedurii. Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de către S.C. ... S.A. 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 implicați în termenul legal, potrivit art. 206 din O.U.G. nr. 34/2006.

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006 va dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor anterior decise.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...