CURTEA DE APEL BUCUREȘTI

Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
31 IAN. 2018
Nr. înregistrare 92/
7064

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa , cu sediul în , reprezentată legal de , **cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la adresa:** _____, în calitate de ofertant în cadrul procedurii de achiziție, **reprezentate convențional prin , în numele** ,

Formulăm în temeiul art. 29 și urm. din Legea nr.101/2016, Convenția CEDO, Cod. Proc. Civ, a Directivei 2014/24/UE, art. 21 și art. 52 din Constituție, art. 21 și art. 52 din Constituție, Legea 98/2016, HG nr. 395/2016 și orice alte acte normative incidente/invocate prezenta:

PLÂNGERE ÎMPOTRIVA

DECIZIEI C.N.S.C. NR. 16.01.2018

în cazul Procedurii de atribuire prin licitație deschisă a contractului de *„Proiectare si execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 1 Sibiu - Boita, km. 0+000 - km. 14+150 - Lot 1 km. 0+000 – km. 13+170”* inițiată prin anunțul de participare 176985/11.07.2017comunicat prin adresa nr. precum și a răspunsului CNAIR față de notificarea subscrisei, precum și a oricăror alte acte anterioare/concomitente/ulterioare față de acest rezultat nelegal

Solicitându-vă, în mod respectuos, să analizați motivele de nelegalitate, cât și de netemeinicie a deciziei C.N.S.C. pe care urmează să le prezentăm, să admiteți plângerea formulată de subscrisă, să modificați decizia C.N.S.C. contestată, să admiteți contestația formulată și:

A. Să dispuneți anularea/revocarea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. /07.12.2017 precum și a răspunsului CNAIR la notificarea subscrisei, să se anuleze rezultatul procedurii de atribuire prin care oferta a fost declarată inacceptabilă, adresa amintită prin care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, precum și anularea/revocarea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente acestora, precum și a celor conexe cu adresa amintită emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire care cum ar fi: procesul verbal de evaluare a procedurii, deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare etc., precum și cele care ar împiedica reevaluarea ofertei și declararea acesteia câștigătoare (cum ar fi un rezultat al procedurii prin care un ofertant a fost declarat câștigător etc) având în vedere faptul că oferta subscrisei este acceptabilă așa cum rezultă și din documentele aflate la dosarul de achiziție publică.

B. Să se dispună măsuri de remediere constând în:

I. Anularea/revocarea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. /07.12.2017 precum și a răspunsului CNAIR la notificarea subscrisei, să se anuleze rezultatul procedurii de atribuire prin care oferta a fost declarată inacceptabilă, adresa amintită prin care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, precum și anularea/revocarea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente acestora, precum și a celor conexe cu adresa amintită emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: procesul verbal de evaluare a procedurii, deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare etc., precum și cele care ar împiedica reevaluarea ofertei și declararea acesteia câștigătoare (cum ar fi un rezultat al procedurii prin care un ofertant a fost declarat câștigător etc.) având în vedere faptul că oferta subscrisei este acceptabilă așa cum rezultă și din documentele aflate la dosarul de achiziție publică

II. <u>Reluarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertei</u> având în vedere că aceasta este acceptabilă așa cum rezultă din documentele depuse, prevederile documentației de atribuire precum și prevederile Legii nr. 98/216 și continuarea procedurii de atribuire prin

analiza în evaluare şi a ofertei

Având în vedere următoarele motive:

Prezentarea situaţiei de fapt:

1. În data de 11.07.2017 **Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA**, denumită în continuare *"Autoritatea contractantă"* sau *"CNAIR"*, a publicat anunţul de participare nr. 176985 prin care comunică începerea procedurii de licitaţie deschisă a contractului de achiziţii publice contractului: *„Proiectare si execuţie autostrada Sibiu - Piteşti, Secţiunea 1 Sibiu - Boita, km. 0+000 - km. 14+150 - Lot 1 km. 0+000 – km. 13+170"*.
2. Întrucât considerând că îndeplinim cerinţele solicitate prin documentele achiziţiei, precum şi faptul că deţinem capacitatea de a realiza obiectul contractului în condiţiile de calitate solicitate, am procedat la depunerea ofertei (astfel cum este aceasta definită de art. 3 alin. (1) hh) din Legea nr. 98/2016), în 26.10.2017 prin încărcarea în SEAP şi cu respectarea prevederilor documentaţiei de atribuire.
3. Prin adresa de informare nr. /07.12.2017 CNAIR a adus la cunoştinţă respingerea ofertei ca inacceptabilă invocând prevederile **art. 137 alin. (2) lit. a) coroborate cu dispoziţiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.**
4. Din conţinutul adresei amintite, motivele care au stat la baza acestei decizii de respingere au fost următoarele:

- *Comisia de evaluare a constatat faptul ca ofertantul NU a răspuns la solicitarea de clarificări nr. /30.10.2017 privind transmiterea in original a instrumentului de garantare si nici nu a clarificat starea Ordinului de Plata nr. – DATA solicitare procesare .10.2017; Stare ordin ''In curs de procesare'', pana la termenul limita stabilit, respectiv 03.11.2017 ora 14.00.*

Cu alte cuvinte, fata de solicitarea de retransmitere a Ordinului de Plata din care sa rezulte plata efectiva a primei de asigurare, având in vedere ca starea ordinului de plata prezentat împreună cu instrumentele de garantare a fost 'In curs de procesare', Comisia de evaluare a constatat ca pana la termenul limita de răspuns in sistemul electronic SEAP, respectiv 03.11.2017, ofertantul NU a transmis niciun răspuns.

- *Ulterior termenului limita de răspuns la solicitarea de clarificare a Comisiei de evaluare, cu adresa nr. /10.11.2017 a ofertantului, înregistrată la CNAIR SA*

cu nr. /10.11.2017, ofertantul a transmis in original Instrumentele de garantare sus-menţionate, împreuna cu Ordinul de Plata nr. aferent Poliţei de Asigurare prin care Societatea de Asigurare-Reasigurare certifica prin semnătură si stampila starea Ordinului de plata a primei de asigurare pentru suma de Lei – PLATIT .11.2017.

Totodată, precizam faptul ca, ulterior termenului limita de răspuns la solicitarea de clarificare a Comisiei de evaluare, respectiv 03.11.2017, ofertantul a încărcat in sistemul electronic SEAP, ca răspuns, in data de .11.2017 ora următoarele documente:

- *adresa nr. /10.11.2017 prin care informează Comisa de Evaluare ca a transmis in original in data de .11.2017 Garanţia de Participare aferenta procedurii mai sus-menţionată;*
- *răspunsul la solicitarea de clarificare a Comisei de Evaluare, prin care precizează următoarele:*

''Având in vedere solicitarea dvs transmisa in SEAP in data de .11.2017 de a prezenta dovada ordinului de plata procesat si de a depune originalul documentelor vizând polița de asigurare prezentata in vederea constituirii garanţiei de participare, va comunicam următoarele:

- *originalul poliţei de asigurare si a documentelor însoţitoare (inclusiv ordin de plata din care reies informaţiile solicitate) au fost depuse la sediul autorităţii contractante in data de .11.2017 cu nr. ora*
- *răspunsul nostru se încadrează in termenul legal de 3 zile lucrătoare, având in vedere data la care aţi solicitat prezentarea documentelor ce fac obiectul solicitării de clarificări din data de .11.2017.''*

(...)

Având in vedere cele susmenţionate, Comisia de evaluare a constatat ca Ordinul de Plata nr. aferent Poliţei de Asigurare emis de Societatea de Asigurare – Reasigurare , asiguratorul certifica prin semnătură si stampila starea Ordinului de plata a primei de asigurare pentru suma de Lei – PLATIT .11.2017, in condiţiile in care termenul limita de primire a ofertelor a fost 26.10.2017, ora 16:00

5. **Întrucât această decizie este nelegală şi/sau neîntemeiată, subscrisa a formulat Notificare în termenul de 10 zile prevăzut de Legea nr. 101/2016, criticând motivele de respingere a ofertei şi dovedind faptul că oferta este acceptabilă.**

6. **Cu toate acestea, Autoritatea contractantă nu a admis notificarea şi nu a luat nicio măsură de remediere faţă de această decizie nelegală/neîntemeiată, motiv pentru care am formulat Contestaţie împotriva acestui rezultat, solicitând anularea aceste decizii, reevaluarea ofertei faţă de aceste motive de respingere având în vedere că oferta respectă cerinţele impuse şi este acceptabilă şi continuarea procedurii prin reluarea evaluării ofertei**

7. Prin decizia CNSC nr. /16.01.2018 Consiliul a respins contestaţia subscrisei invocând următoarele:

   - *"Consiliul apreciază că răspunsul contestatoarei mai sus menţionat este concludent prin raportare la solicitarea formulată de autoritatea contractantă, şi la prevederile legale în materie, însă, constată că respectivul răspuns a fost publicat în SEAP în data de .11.2017, ora , în afara termenului stabilit de aceasta în adresa din (...), publicată în SEAP din data de 30.10.2017, ora 17:30 – respectiv .11.2017 – după cum rezultă din captura de ecran existentă la dosar".* **Aşadar Consiliul se contrazice şi se raportează la un formalism excesiv ce încalcă principiul proporţionalităţii având în vedere contractul complex ce urmează a fi atribuit.**
   - *"este cunoscut faptul că SEAP transmite notificări operatorilor economici cu privire la formularea de solicitări de clarificări din partea autorităţii contractante".* **Consiliul ignoră faptul că la fel de cunoscut este şi faptul că sistemul SEAP prezintă erori care au determinat de multe ori lipsa unor notificări. Din moment ce sistemul SEAP este unul electronic acesta nu este perfect şi mai prezintă din când în când aceste erori, cum este şi în cazul subscrisei.**
   - *"Consiliul nu va retine, în soluţionare, alegaţiile contestatoarei cu privire la utilitatea şi legalitatea solicitării de clarificări, deoarece acestea sunt tardiv formulate prin raportare la termenul legal de contestare a unui act al autorităţii contractante".* **Or, pe de o parte Consiliul nu a pus în discuţia părţilor excepţia tardivităţii încălcând astfel principiile contradictorialităţii şi al dreptului la apărare, iar pe de altă parte acesta nu a luat în considerare că abia la momentul comunicării rezultatului procedurii de atribuire s-a produs o vătămare subscrisei aşa cum este definită la art. 3 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 101/2016 prin această solicitare de clarificări. Dacă nu s-ar fi solicitat această aşa-zisă clarificare şi autoritatea contractantă ar fi luat în considerare documentele depuse, regulamentele băncii şi toate informaţiile din momentul depunerii ofertei ar fi putut concluziona că garanţia de participare este conformă, legală şi valabilă şi nu ar fi existat nici un motiv de respingere a ofertei. În schimb, prin raportarea la adresa nr. /30.10.2017 s-a creat un**

motiv artificial de respingere a ofertei subscrisei deşi oferta nu prezenta nici un viciu de formă sau de conţinut care cerea clarificări/completări.

- *"răspunsul contestatoarei a fost transmis autorităţii contractante la data de .11.2017, prin publicarea în SEAP, în afara termenului acordat de către autoritatea contractantă, în această situaţie fiind aplicabile dispoziţiile art. 134 alin. (5) din hotărârea de Guvern menţionată"*. **Consiliul ignoră că nu sunt aplicabile dispoziţiile articolului invocat având în vedere că garanţia de participare nu prezenta nimic de clarificat raportat la documentaţia de atribuire, legislaţia în vigoare şi regulamentul astfel încât adresa /30.10.2017 nu reprezintă în sine o solicitare de clarificare aşa cum este definită de articolul susmenţionat întrucât se raportează la alte cerinţe (depunerea originalului garanţiei de participare şi dovedirea prin înscrisuri a faptului că banii aferenţi plăţii garanţiei au intrat în contul asiguratorului) faţă de cele din documentaţia de atribuire.**

8. **Având în vedere că această decizie este nelegală, neîntemeiată, arbitrară, bazată pe un formalism excesiv, am formulat prezenta plângere prin care solicităm admiterea plângerii şi pe cale de consecinţă admiterea contestaţiei, reevaluarea ofertei şi continuarea procedurii de atribuire prin admiterea ca fiind admisibilă oferta raportat la motivele pentru care am fost respinşi.**

DEZVOLTAREA ARGUMENTELOR DE FAPT ŞI DE DREPT

- **CNSC a acţionat sub imperiul unui formalism exagerat şi a considerat că respingerea ofertei pentru nişte aspecte neclare este corectă în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri total disproporţionate a autorităţii raportat la complexitatea contractului, cu atât mai mult cu cât recunoaşte că răspunsul subscrisei este concludent.**

9. CNSC reţine în decizia sa că *"**răspunsul contestatoarei mai sus menţionat este concludent prin raportare la solicitarea formulată de autoritatea contractantă, şi la prevederile legale în materie**, însă, constată că respectivul răspuns a fost publicat în SEAP în data de .11.2017, ora , în afara termenului stabilit de aceasta în adresa din (...), publicată în SEAP din data de 30.10.2017, ora 17:30 – respectiv .11.2017 – după cum rezultă din captura de ecran existentă la dosar"*.

10. Aşadar sunt foarte importante considerentele susmenţionate întrucât acestea întruchipează contradicţia deciziei Consiliului precum şi disproporţia dintre soluţia de respingere a ofertei şi motivul de respingere.

11. **Astfel, deşi consideră că răspunsul subscrisei la solicitarea de clarificări este concludent şi legal întrucât constată o situaţie de fapt reală raportată la momentul depunerii ofertei, Consiliul invocă o tardivitate a momentului depunerii răspunsului la solicitările de clarificări, aspect care reprezintă un motiv artificial de respingere a ofertei din moment ce din punct de vedere al conformităţii şi al condiţiilor de admitere a ofertei, oferta este corectă şi admisibilă.**

12. Modul în care a fost motivată decizia CNSC arată o lipsă a analizării tuturor motivelor de nelegalitate şi netemeinicie a deciziei autorităţii contractante de respingere a ofertei pe care le-am invocat în contestaţie.

13. O astfel de motivare a Consiliului a ignorat esenţialul: substanţa cauzei care a format obiectul contestaţiilor, respectiv că subscrisa urmează să fie respinsă deşi am dovedit că oferta era completă/corectă/valabilă/conformă încă de la momentul depunerii ofertei.

14. **Este inechitabil, disproporţional şi lipsit de esenţă a se respinge de la procedura de atribuire un ofertant care deşi a avut o ofertă completă şi admisibilă totuşi, din cauza unor interpretări neconforme ale autorităţii contractante şi a unei formalităţi care nu se impunea a fi cerută, nu se ia în considerare conformitatea ofertei de la data limită de depunere a ofertei.**

15. O astfel de decizie ignoră cu desăvârşire scopul constituirii garanţiei de participare, principiile tratamentului egal, al transparenţei, precum şi al proporţionalităţii.

16. În cazul de faţă a fost respinsă pentru următoarele motive: i) nu a fost depus originalul garanţiei de participare la sediul CNAIR, ii) nu s-a dovedit că Polita Seria ASIGURARE DE GARANTIE a fost achitată înainte de data limită de depunere a ofertei, iii) răspunsul subscrisei a fost depus ulterior termenului impus de autoritatea contractantă.

17. **Consiliul se raportează doar la un singur motiv de respingere a ofertei, respectiv doar la aşa-zisa tardivitate a răspunsului subscrisei, fără a analiza şi celelalte motive neîntemeiate şi absurde de respingere a ofertei, care odată înlăturate ar fi determinat şi înlăturarea acestui ultim motiv de respingere a ofertei întrucât ar rămâne fără substanţă decizia luată şi s-ar încălca scopul şi principiile susmenţionate.**

18. **Astfel, faptul că plata garanţiei de participare a fost realizată la data de 25.10.2017 (fapt ce rezultă chiar din documentele depuse odată cu oferta, legislatia aplicabilă şi documentaţia de atribuire) şi că garanţia de participare era valabilă la data depunerii ofertei, fiind valabilă şi la momentul de faţă, devine irelevant dacă răspunsul subscrisei a fost comunicat la data de .11.2017 iar nu la data de .11.2017, fiind o decizie formalistă a se respinge de la procedură un ofertant care a depus o garanţie valabilă pentru simplul fapt că**

Autoritatea contractantă a interpretat greşit documentele depuse, deşi situaţia de fapt şi de drept existentă nu ar fi permis respingerea ofertei.

19. Aşadar, prezintă o mare relevanţă în cauză faptul că **oferta subscrisei a fost completă, garanţia de participare a fost/este valabilă** şi **respectă toate condiţiile prevăzute în documentaţia de atribuire/legislaţie.**

20. Practic, din moment ce operează prezumţia de valabilitate a unui act juridic, şi în lipsa obligativităţii din cadrul documentaţiei de atribuire a faptului ca prin dovada plătii integrale ofertanţii trebuie să se aducă dovezi privind intrarea banilor în contul destinatar, este evident că simpla prezentare a Ordinului de plată nr. /25.10.2017, raportat şi la regulamentul Bank(**https://www. /content/dam/cee2020-pws-ro/DocumentePDF/Online Banking/Ore%20limita%20de%20procesare %20a%20tranzactiilor%20prin%20Online %20B Net.pdf**) dovedeau valabilitatea poliţei de asigurare încă de la momentul depunerii ofertei.

21. Ordinul de plată reprezintă un instrument de virament bancar prin intermediul căruia se efectuează plăţile dintr-un cont bancar si antrenează anumite operaţiuni care încep prin dispoziţia dată de către plătitor unei bănci de a pune la dispoziţia unui beneficiar o sumă de bani, acţiune care conduce la realizarea plaţii de către cel ce efectuează plata (plătitor – subscrisa). Subscrisa a efectuat plata astfel cum am arătat, urmând ca după efectuarea plătii banca să realizeze acţiunile de transfer care sunt în sarcina sa şi nu a ofertantului/subscrisei.

22. Ordinul de plată depus în cadrul ofertei în care apare menţiunea "*în curs de procesare*" a fost emis cu mai mult de 24 de ore înainte de data limită de depunere a ofertei, în cadrul acestuia fiind menţionate toate datele exacte ale tranzacţiei astfel încât este de notorietate că orice tranzacţie intermediată de către orice bancă se realizează în termen de cel mult 24 de ore, cu atât mai mult cu cât zilele de 25.10.2017 şi 26.10.2017 erau zile lucrătoare.

23. Astfel, raportat atât la data emiterii Ordinului de plată, la conţinutul complet şi corect al documentului cât şi raportat la regulile interne ale băncii prin care tranzacţiile se realizează în cel mult 24 de ore, nu există nici un motiv pentru care ar fi fost imposibil de procesat respectivul ordin de plată astfel încât orice persoană de bună-credinţă ar fi concluzionat că tranzacţia s-a realizat înainte de data limită de depunere a ofertei.

24. **De altfel, dacă se analiza regulamentul Bank aferent orelor în care operează tranzacţiile postat pe site-ul oficial al băncii s-ar fi observat că toate tranzacţiile iniţiate până în ora 15:00 erau procesate în aceeaşi zi, iar dacă se depăşea această oră transferul banilor se realiza a doua zi. Ataşăm prezentei acest Regulament, menţionând că aceleaşi reguli se aplică tuturor băncilor.**

25. În cazul de faţă, atât timp cât subscrisa a iniţiat transferul plăţii garanţiei de participare prin

Ordinul de plată nr. /25.10.2017 la ora min, astfel încât tranzacția aceasta s-a realizat în aceeași zi, așa cum a confirmat de altfel și banca prin adresa nr. /08.12.2017, este evident că motivul de respingere a ofertei este de neexplicat.

26. Până la urma, derularea unei proceduri de achiziții publice trebuie să se realizeze cu respectarea principiului bunei-credințe, iar în cazul subscrisei nu exista nicio suspiciune că respectivul Ordin de plată nu ar fi fost procesat în data de 25.10.2017. **Astfel, există prezumtia că Ordinul de plată este valabil și procesat înainte de data limită de depunere a ofertei, întrucât a fost emis cu mai mult de 24 de ore înainte de data limită de depunere a ofertei iar potrivit regulamentului băncii, astfel de tranzacții se realizează cel târziu a doua zi. Or, în cazul de față tranzacția către societatea de asigurare s-a realizat în aceeași zi (25.10.2017).**

27. CNAIR a interpretat total eronat faptul că plata s-a realizat în data de .11.2017, dovadă fiind adresele comunicate de către bancă, Ordinul de plată, precum și extrasul de cont pe care le-am depus deja în fața CNSC, dar pe care le atașăm cu indicarea clară din cadrul acestora care arată veridicitatea celor susținute de subscrisă.

28. **În schimb, față de toate aceste aspecte Consiliul nu s-a pronunțat, acesta ignorând faptul că o pronunțare față de aceste aspecte ar fi determinat înlăturarea ultimului motiv de respingere a ofertei subscrisei întrucât s-ar fi concluzionat că esența unei respingeri este tocmai nerespectarea condițiilor din documentația de atribuire.**

29. **Or, în cazul de față, am arătat că subscrisa a respectat încă de la început toate condițiile din documentația de atribuire față de constituirea garanției de participare, o respingere a ofertei încălcând:**

- ✓ **principiul tratamentului egal** (întrucât ceilalți ofertanți care au depus garanția de participare în același format cu cel al subscrisei au fost admiși),
- ✓ **principiul transparenței** (nicăieri în documentația de atribuire nu s-a menționat faptul că prin dovada plății integrale ofertanții trebuie să aducă dovezi privind intrarea banilor în contul destinatar și prin urmare nu se puteau cere clarificări față de ceva ce nu exista în documentația de atribuire);
- ✓ **principiul proporționalității** (plecând de la scopul constituirii garanției de participare, de protecție a autorității contractante, și luând în considerare faptul că, înainte de data limită de depunere a ofertelor, am postat în SEAP dovada constituirii garanției de participare, nu poate fi pusă în discuție lipsa constituirii garanței de participare și nici tardivitatea prezentării originalului sau a ordinului de plată, iar până la data depunerii originalului documentului postat în SEAP, documentele încărcate în SEAP produceau efecte, nefiind anulate în vreun fel și corespundeau cu situația de fapt pe care am susținut-o încă de la depunerea documentelor în SEAP, respectiv: garanția de participare

respectă toate condițiile prevăzute în documentația de atribuire și în legislație).

30. **Or, respingerea ofertei pentru un motiv atât de absurd, în condițiile în care garanția de participare este valabilă și a fost așa încă de la momentul depunerii ofertelor, reprezintă doar o rigiditate și o exagerare a respectării unui formalism absurd pe care Consiliul l-ar fi înlăturat dacă ar fi analizat unitar motivele de nelegalitate/netemeinicie a deciziei autorității contractante.**

31. **De altfel, reamintim că valabilitatea instrumentului de garantare nu este condiționată de prezentarea în original a acestui document, instrumentul fiind valabil, neexistând nicio dovadă din partea Autorității contractante care să arate că garanția subscrisei fie nu a fost constituită respectându-se condițiile legale, fie era nevalabilă la data depunerii ofertei.**

32. Astfel, scopul constituirii garanției a fost respectat și îndeplinit de către întrucât oricând, de la momentul intrării în vigoare a instrumentului, acest instrument poate fi executat, prin depunerea de către Beneficiar, la sediul Asiguratorului, a cererii de despăgubire, a instrumentului de garantare, a poliței de asigurare în copie sau original. Instrumentul de garantare nu este un document cu regim special a cărui valabilitate să fie condiționată de prezentarea în original a acestuia, în sensul prevederilor art. 123 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

33. **IMPORTANT!!! Autoritatea contractantă avea la dispoziție încă de la momentul depunerii ofertei toate datele pentru a constata valabilitatea garanției de participare, neavând relevantă solicitarea de clarificări ulterioară întrucât orice răspuns al subscrisei nu ar fi modificat situația de fapt existentă la momentul depunerii ofertei.**

34. **O astfel de informație coroborată cu faptul că documentația de atribuire nu prevederea obligativitatea faptului ca prin dovada plății integrale ofertantii trebuie să se aducă dovezi privind intrarea banilor în contul destinatar, atrage inutilitatea solicitării de clarificări la care s-a raportat CNSC și implicit imposibilitatea ca o solicitare de clarificări să se raporteze la ceva ce nu există în documentația de atribuire și mai mult, să stea la baza unei decizii de respingere a ofertei subscrisei.**

- **Nu sunt incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 invocate de către CNSC.**

35. Nu sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5) coroborate cu cele ale art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, declararea inacceptabilă a ofertei fiind o măsură excesivă și disproporționată întrucât autoritatea contractantă nu avea nici un motiv să solicite clarificări raportat la forma și informațiile cuprinse în garanția de participare depusă de în cadrul ofertei.

36. Faptul că inițial a fost depus un exemplar a garanției semnat electronic în cadrul SEAP, așa cum de altfel era solicitat de însăși procedura electronica în SEAP, nu înseamnă că nu au fost îndeplinite cerințele de formă a acestui document indicate la art. 36 alin. (1) - (4) din HG nr. 395/2016

37. **Reamintim faptul că**, anterior publicării documentației de atribuire in SEAP, in Monitorul Oficial al României nr. 972 a fost publicata modificarea și completarea Hotărârii Guvernului nr.395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publica/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, referitoare la garanția de participare, prin introducerea unui nou alineat (4) la art. 35 și modificării art.36 alin.(4).

    În documentul de prezentare de către Guvern a actului normativ modificator, document care poate fi accesat la adresa http://gov.ro/ro/guvernul/sedinte-guvern/sinteza-sedintei-de-guvern-din-data-de-16-noiembrie , se arată:

    [...] în vederea corelării prevederilor din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 și Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu cele ale Strategiei naționale în domeniul achizițiilor publice (aprobată prin H.G. nr. 901/2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 881/25.11.2015), referitoare la trecerea integrală la procedurile de achiziții online, **SE ELIMINĂ OBLIGAȚIA OPERATORILOR ECONOMICI DE A PREZENTA "ÎN ORIGINAL" INSTRUMENTUL DE GARANTARE PRIN CARE S-A CONSTITUIT GARANȚIA DE PARTICIPARE**. Această măsură este materializată prin:

    - modificarea alineatului (4) al articolului 42 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016;
    - modificarea alineatului (4) al articolului 36 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016;
    - abrogarea alineatul (7) al articolului 36 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

38. **Conform prevederilor documentației de atribuire care și-a consolidat forța obligatorie inclusiv pentru autoritatea contractantă și ținând cont de prevederile legale mai sus invocate, documentele referitoare la garanția de participare trebuiau depuse în SEAP odată cu depunerea ofertei, aspect respectat întocmai de subscrisa, neputând fi negate de comisia de evaluare efectele juridice ale documentelor prezentate în vederea îndeplinirii cerințelor legate de garanția de participare pentru simplul motiv că au fost prezentate prin intermediul SEAP, nefiind o condiție de valabilitate prezentarea lor în original la sediul autorității (astfel cum reiese și din modificare HG nr. 395/2016 despre care am făcut vorbire mai sus).**

39. Raportându-ne la documentele prezentate de subscrisa la data limită de depunere a ofertelor **comisia de evaluare avea toate informațiile necesare pentru verificarea cerințelor privind garanția** de participare **așa cum au fost acestea solicitate prin documentația de atribuire**,

respectiv Formular A, poliță de asigurare însoțită de contractul de asigurare – condiții generale si condiții specifice precum și dovada plății integrale a primei de asigurare.

40. Din însuși Formularul A pus la dispoziție de autoritatea contractanta reiese că pentru a executa garanția de participare autoritatea contractanta nu are nevoie de documentul fizic original, **fiind suficientă simpla cerere a CNAIR către asigurator cu privire la culpa asiguratului (subscrisa).**

41. Din mențiunile de la nivelul contractului de asigurare reiese faptul ca singurul demers pe care Beneficiarul (CNAIR) trebuie să-l facă în cazul producerii evenimentului asigurat este transmiterea cererii de despăgubire cu invocarea situației care a apărut și conduce la încadrarea în situațiile reglementate de art. 37 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

42. În ceea ce privește prezentarea dovezii plății integrale a primei de asigurare, **dovada plății a fost realizata prin prezentarea ordinului de plată**, chiar daca din acesta nu reieșea dacă banii au intrat sau nu în contul asiguratorului **reiese realizarea plății de către asigurat (subscrisa) către asigurator, neexistând niciun motiv pentru care această plată să nu se execute** (toate datele din OP fiind introduse corect).

43. În atare situație, nu există nici un raționament pentru care i s-ar fi solicitat subscrisei clarificări față de această garanție de participare, care respecta întocmai condițiile de formă și de esență a documentației de atribuire și a legislației în materie, astfel încât nu prezintă relevanță dacă s-au solicitat clarificări, ce cuprindeau acele solicitări de clarificări și momentul la care a răspuns subscrisa.

44. O procedură de atribuire ar fi trebuit să se deruleze sub principiul bunei-credințe, astfel încât în lipsa unor motive bine întemeiate care să ducă la concluzia că garanția de participare a subscrisei nu ar fi fost valabilă la data depunerii ofertei, o decizie bazată pe simple supoziții, care s-au dovedit nejustificate, în condițiile în care garanția de participare a subscrisei este valabilă și respectă toate condițiile legale, este formalistă.

45. **Este inechitabil, nelegal și disproportional a se respinge de la procedură un ofertant care a depus o garanție valabilă și conformă, doar pentru aspecte formale care, așa cum am arătat, rezultau oricum din documentele depuse odată cu oferta, dacă Consiliul s-ar fi dovedit de bună credință și ar fi analizat cu atenție respectivele documente.**

- **Documentele încărcate în SEAP odată cu depunerea ofertei în data de 26.10.2017 erau/sunt valabile (fiindu-le aplicabilă semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii) iar din documentele prezentate de subscrisa la data limita de depunere a ofertelor comisia de evaluare avea toate informațiile necesare pentru**

verificarea cerințelor privind garanția așa cum au fost acestea solicitate prin documentația de atribuire, respectiv: i) Formularul A; ii) polița de asigurare însoțita de contractul de asigurare – condiții generale și condiții specifice; precum și iii) dovada plătii integrale a primei de asigurare, astfel cum am arătat.

46. Subscrisa a făcut toate demersurile legate de plată a sumei aferentă primei de asigurare pentru garanția de participare încă din data de 25.10.2017 (anterior datei limita de depunere) ora , urmând ca după realizarea/operarea plătii de către subscrisa să intervină acțiuni ale băncii legate de transfer, acțiuni ce sunt în sarcina băncii**. Or, așa cum rezultă din documentele depuse, tranzactia s-a realizat în aceeași zi (25.10.2017), astfel încât la data depunerii ofertei garanția de participare era valabilă și plătită**.

47. **Raportarea deciziei CNSC la așa-zisa tardivitate a răspunsului subscrisei la solicitarea de clarificări a CNAIR nu poate duce la constatarea unei situații de fapt care nu a existat** (neplata poliței) **și nici nu poate duce la o decizie de respingere a ofertei pentru aspecte legate de valabilitatea garanției în condițiile în care, așa cum am arătat și cum rezulta din documentele depuse odată cu oferta, garanția de participare era/este valabilă.**

48. Așa cum am arătat și în contestație, Bank a emis adresa nr. /08.12.2017 prin intermediul căreia **precizează expres faptul ca plata către beneficiarul ., reprezentând garanția Polița nr. a fost decontata in data de 25.10.2017.**

49. **De asemenea,** Societate de Asigurare-Reasigurare confirmă plata poliței de asigurare seria , societatea emițând adresa nr. /08.12.2017 prin care se menționează expres faptul că **garantia de participare a fost plătită și încasata prin OP nr. din data de 25.10.2017**, motiv pentru care **polita de asigurare de garantie produce efecte din data de 26.10.2017**. Totodată, la adresa este anexat extras de cont din banca asiguratorului din care reiese încasarea în data de 25.10.2017 a sumei de bani reprezentând garanții polița nr. de la Ordonator

50. **Astfel, este de neînțeles decizia CNSC, prin raportare la un aspect strict formal, în condițiile în care oferta subscrisei este/era valabilă neexistând nici un motiv de respingere a ofertei.**

51. **Principiile transparenței, al tratamentului egal și al proporționalității obligă toate subiectele de drept care participă la derularea unei proceduri de atribuire (inclusiv Consiliul și instanța de judecată) să nu se raporteze la aspecte strict formale atunci când determină respingerea unei oferte.**

52. **Reamintim, în acest caz, decizia civilă nr. 1314 din 22 martie 2012, în care Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, Curtea apreciind că procedura de achiziție publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public,**

se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea cu strictețe a scopului legislației și a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art. 2), acestea presupunând nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalență unor aspect nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproporționat în raport cu celelalte elemente ale procedurii. Această abordare o remarcăm și în decizia nr. 1259 din 7 martie 2012 a Curții de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

53. **Or, Consiliul nu numai că nu a analizat acest aspect din cadrul deciziei de respingere a ofertei, dar s-a și raportat la un aspect de o formalitate exagerată și disproporțională față de complexitatea și importanța contractului și a procedurii ce se derulează.**

54. **Nu putem să acceptam că o decizie de respingere a ofertei se raportează la ceva inexistent fără ca oferta subscrisei să fie în vreun fel incompletă/neconformă cu documentația de atribuire, întrucât s-ar îngrădi dreptul subscrisei de a participa la o procedură de atribuire prin invocarea unor motive artificiale și lipsite de relevantă față de condițiile din documentația de atribuire.**

- **FOARTE IMPORTANT!!! Din moment ce oferta cuprindea toate dovezile privind respectarea cerințelor referitoare la garanția de participare așa cum am arătat anterior, autoritatea contractantă nu avea de ce să solicite clarificări față de aceste documente și să ceară în original documentele deja depuse în SEAP, motiv pentru care considerăm că decizia CNSC care este de acord cu decizia de respingere a ofertei subscrisei se raportează la o situație pur formală, care nu a fost înțeleasă, din cauza neobservării unor aspecte la care am făcut trimitere anterior. Or, documentele care atestă valabilitatea garanției de participare sunt perfect valabile, clare și cuprind toate informațiile la care se referă documentația de atribuire sau legislația, nefiind necesare clarificări în plus. Cu toate acestea Consiliul reține nejustificat că autoritatea contractantă a procedat corect atunci când a solicitat prin clarificări față de aspecte care deja erau dovedite prin documentele depuse, respectiv că garanția de participare respectă documentația de atribuire și a fost achitată prin OP-ul invocat.**

55. Practic, prin **decizia sa CNSC a adăugat la documentația de atribuire cerințe ce nu au fost solicitate în cadrul anunțului de participare, cerințe (prezentarea în original a garanției și dovada plății integrale prin prezentarea de înscrisuri că banii au intrat în contul destinatarului) față de care s-au solicitat clarificări ce nu au fost niciodată postate în**

SEAP.

56. Astfel, s-au suplimentat cerințele față de cele specifice garanției de participare prevăzute în documentația de atribuire și în legislație și practic acest lucru a dus la un motiv artificial de respingere a ofertei

57. **Practic, adresa nr. /30.10.2017 nu este o solicitare de clarificări așa cum e definita în legislație întrucât o solicitare de clarificări trebuie să se raporteze la cerințele din documentația de atribuire.**

58. **Ceea ce a transmis autoritatea contractantă a fost o adresă prin care s-au cerut lămuriri ce exced documentației de atribuire (față de o serie de cerințe cu privire la garanția de participare ce nu erau prevăzute în SEAP), iar un răspuns la această adresă nu duce la respingerea ofertei întrucât în egală măsură un răspuns la o astfel de adresă nu privește procedura de atribuire deoarece nu are legătură cu cerința din documentația de atribuire.**

59. Deci, din moment ce autoritatea contractantă s-a raportat la cerințe ce exced documentației de atribuire, o eventuală respingere pentru așa-zisa tardivitate a răspunsului este nulă absolut întrucât pe de o parte se raportează la ceva ce nu reprezintă solicitări de clarificări (așa cum sunt definite în legislația privind achizițiile publice) iar pe de altă parte, respingerea unei oferte trebuie să se raporteze strict la cerințele din documentația de atribuire și implicit la nerespectarea acestora.

60. O clarificare presupune ca oferta ofertantului să fie la prima vedere inadmisibilă iar autoritatea contractantă să solicite clarificări tocmai pentru a oferi o șansă operatorului economic de a explica dacă oferta se încadrează sau nu în respectiva inadmisibilitate. **Or, în cazul de față, din moment ce toate condițiile garanției de participare au fost respectate încă de la început, iar documentele ce au fost depuse odată cu oferta dovedeau acest lucru, cu sau fără solicitarea de clarificări oferta subscrisei este/era admisibilă întrucât aveam garanția de participare legal constituită și achitată.**

61. Mai mult, o clarificare față de garanția de participare presupune ca respectiva garanție să aibă o neconformitate formală sau de valabilitate, iar potrivit art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, să i se dea posibilitatea ofertantului de a corecta respectivele neconformități/erori. **Or, în cazul subscrisei, garanția de participarea nu prezenta nicio astfel de neconformitate/eroare, motiv pentru care, devine evident că așa-zisa solicitare de clarificări nu poate fi întemeiată pe dispozitiile susmenționate.**

62. Mai mult, susținerile Consiliului potrivit cărora *"Consiliul nu va retine, în soluționare, alegațiile contestatoarei cu privire la utilitatea și legalitatea solicitării de clarificări, deoarece acestea sunt tardiv formulate prin raportare la termenul legal de contestare a unui act al autorității contractante"*, sunt lipsite de fundament având în vedere că tocmai în momentul în

care am primit comunicarea rezultatului procedurii de atribuite am observat că autoritatea contractantă se foloseşte de o adresă (solicitarea de clarificări /30.10.2017) pentru a respinge oferta subscrisei, respectiva adresă fiind fără importanţă.

63. **Practic vătămarea subscrisei faţă de continutul respectivei adrese a intervenit la momentul respingerii ofertei, atunci când aceasta a invocat respectiva adresă.**

64. Dacă autoritatea contractantă nu ar fi respins oferta subscrisei atunci respectiva adresă de sine stătătoare nu producea nicio vătămare şi prin urmare subscrisa nu prezenta nici un interes de a o contesta.

65. Or, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 "***persoană care se consideră vătămată*** - *orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".

66. Momentul de la care intervine vătămarea în cazul subscrisei faţă de adresa /30.10.2017 emisă de CNAIR este comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

67. Or, **Consiliul face o analiză strict formală faţă de această aşa-zisă tardivitate întrucât nu se raportează la momentul la care a intervenit vătămarea, ci invocă DOAR data emiterii respectivei adrese.**

68. Aşa cum am arătat şi în cazul soluţiei de respingere a ofertei subscrisei, legislaţia achiziţiilor publice nu a permis o interpretare atât de formalistă nici în ceea ce priveşte aspectele procedurale privind formularea şi soluţionarea unei contestaţii.

69. Astfel, termenul de formulare a unei contestaţii/notificări se raportează la momentul la care se produce vătămarea, acest aspect fiind esenţial în constituirea dreptului la apărare, orice moment anterior apariţiei unei vătămări fiind prematură.

70. **În concluzie, este inechitabil, nelegal şi disproportional a se respinge de la procedură un ofertant care a depus o garanţie valabilă şi conformă, doar pentru aspecte formale care, aşa cum am arătat, rezultau oricum din documentele depuse odată cu oferta, dacă autoritatea contractantă şi CNSC s-ar fi dovedit de bună credinţă şi ar fi analizat cu atenţie toate argumentele subscrisei, inclusiv documente invocate.**

În considerarea celor ce preced, solicităm admiterea plângerii şi pe cale de consecinţă, modificarea deciziei CNSC, admiterea contestaţiei, să constataţi veridicitatea aspectelor criticate de subscrisă şi pe cale de consecinţă să decideţi în sensul celor solicitate.

În drept: art. 21 şi 52 din Constituţia României, Codul de procedură civilă, jurisprudenţa Curţii de Justiţie a Uniunii Europene, Directiva 2014/24/UE, Directiva nr. 89/665/CCE, Directiva nr. 2007/CE/66, Directiva 93/CE/13CEDO şi orice alte acte normative incidente/invocate.

În probaţiune: înscrisuri şi orice alte probe a căror necesitate va rezulta din dezbateri.

Ataşăm prezentei următoarele:

1. .
2. Taxă judiciară de timbru în cuantum de lei.
3. Regulamentul Bank în ceea ce priveşte orarul transferurilor bancare.
4. Adresa nr. /08.12.2017 emisă de
5. Ordinul de plată /25.10.2017.
6. Adresa emisă de care confirmă plata garanţiei de participare la data de 25.10.2017.
7. Extrasul de cont care confirmă plata garanţiei de participare la 25.10.2017.
8. Decizia CNSC nr. /16.01.2018.

Cu aleasă consideraţie,