



MD-2001, mun. Chișinău, bd. Ștefan cel Mare și Sfânt 124, et. 4,
tel: 022 820652, fax: 022 820651, e-mail: contestatii@ansc.md

DECIZIE

Nr. 03D-427-24 Data: 26.06.2024

privind soluționarea contestației formulată de către „LUSMECON” S.A., înregistrată la Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor cu nr. 02/459/24 la data de 30.05.2024, pe marginea procedurii de achiziție publică nr. MD-1700485919880

Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor a examinat, în procedură scrisă, contestația nr. 02/459/24 din 30.05.2024, depusă de către „LUSMECON” S.A., adresa: mun. Chișinău, str. Uzinelor 205/1, număr de identificare (IDNO):, e-mail:, pe marginea rezultatelor procedurii de achiziție publică nr. MD-1700485919880 din 26.12.2023, privind achiziția „Lucrări de reparație a drumului R26 Bender - Căușeni - Cimișlia, km 23,821 - km 46,308 (Sectorul 1 : km 23,821 – km 31,20).”, inițiată de către Întreprinderea de Stat „Administrația de Stat a Drumurilor”, adresa: mun. Chișinău, str. Bucuriei 12a, număr de identificare (IDNO): 1003600023559, tel.: 022212296, e-mail: achizitii@asd.md.

Pretențiile contestatorului:

În calitate sa de persoană interesată, în cadrul procedurii de achiziție publică nr. MD-1700485919880 din 26.12.2023, „LUSMECON” S.A. formulează următoarele pretenții:

„S.A. „Lusmecon ” în calitate de persoană interesată Vă informează că la data de 26.12.2023 a avut loc procedura de achiziție publică „Lucrărilor de reparație a drumului R26 Bender - Căușeni - Cimișlia, km 23,821 - km 46,308 (Sectorul 1 : km 23,821 – km 31,20).” și prin decizia grupului de lucru nr.ocds-b3wdp1-MD-1700485919880 din 10.04.2024 oferta depusă de SA Lusmecon a fost desemnată câștigătoare. Totodată, prin demersul nr.04-02/1646 din 11.04.2024, SA Lusmecon a fost informat despre adjudecarea ofertei în favoarea sa, fiind solicitată prezentarea garanției de bună execuție după expirarea termenului de așteptare de 11 zile. Forma în care a fost scris acest demers a creat certitudinea, că toate modalitățile de formare a garanției de bună execuție menționate în documentația de atribuire sunt agreate de beneficiar în egală măsură, nefiind menționat suplimentar careva modalitate concretă de formare a garanției de bună execuție.

În perioada de așteptare înainte de încheierea contractului, autoritatea contractantă prin demersul nr. 04-02/1702 din 16.04.2024 a informat participanții la

procedura de licitație despre depunerea contestației de către operatorul economic SRL Rutador. Urmare a Deciziei ANSC nr. 03D-300-24 din 17.05.2024, autoritatea contractantă prin demersul nr. 04-02/2384 din 23.05.2024 a solicitat de la SA Lusmecon prezentarea garanției de bună execuție în cuantum de 5 % din valoarea contractului, în vederea încheierii contractului de achiziții, nefiind menționat suplimentar careva modalitate concretă de formare a garanției de bună execuție.

Prin demersul nr. 46/24 din 27.05.2024, SA Lusmecon a informat autoritatea contractantă despre modul de formare a garanției de bună execuție – rețineri succesive în cuantum de 5 % din valoarea contractului, ca una din modalitățile de formare a garanției de bună execuție prevăzute de autoritatea contractantă în Documentația de atribuire/Modelul contractului de antrepriza, și anume:

4. DREPTURILE ȘI OBLIGAȚIUNILE ANTREPRENORULUI ȘI ALE BENEFICIARULUI

4.10.1. Antreprenorul general, prin atribuirea ofertei în favoarea sa, se angajează să depună garanția de bună execuție a contractului, în cuantum de 5% din valoarea contractului atribuit, prin garanție bancară/rețineri succesive/ transfer pe contul autorității contractante.

În cazul depunerii garanției prin reținerea succesivă a mijloacelor financiare conform proceselor verbale a lucrărilor executate, acestuia i se va reține 5% din valoarea acestora până la atingerea unei valori de 5% din valoarea totală a contractului. Aceste rețineri vor fi efectuate până la completarea garanției de bună execuție. Sumele astfel reținute vor fi gestionate de către Beneficiar.

Astfel, prezenta contestație este depusă pe marginea motivului impunerii de noi condiții la etapa de semnare a contractului a unor clauze și cerințe ce sunt prevăzute în documentația de atribuire și în modelul contractului publicat de autoritatea contractantă în cadrul procedurii cu nr. ocds-b3wdp1-MD1700485919880 din 26.12.2023, în ceia ce privește forma și alte cerințe de bază ale garanției de bună execuție a contractului.

Odată cu publicarea anunțului de participare și a documentației de atribuire la data de 10.11.2023 prin intermediul sistemului SIA RSAP, autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 68 al (9) din legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice, a stabilit cerințele față de emitent, forma, cuantumul și alte condiții de bază ale garanției de bună execuție a contractului și anume:

- Punct 19. din Anunț de participare - Garanția de bună execuție a contractului, în cuantum de 5% din valoarea contractului.

- Punct 98. din Documentația standard - Garanția de bună execuție a contractului, dacă părțile agreează, se constituie din: 1) rețineri succesive din plata cuvenită pentru facturile fiscale înaintate, cu efectuarea transferului sumei respective pe un cont special deschis de către operatorul economic, pus la dispoziția autorității contractante, la o bancă licențiată, agreată de ambele părți; 2) rețineri succesive directe din plata cuvenită pentru facturile fiscale înaintate; 3) transfer pe contul autorității contractante.

- Anexa nr. 25 Contract-model din Documentația standard punct 4.10.1. - Antreprenorul general, prin atribuirea ofertei în favoarea sa, se angajează să depună garanția de bună execuție a contractului, în cuantum de 5% din valoarea contractului atribuit, prin garanție bancară/ rețineri succesive/transfer pe contul autorității contractante. În cazul depunerii garanției prin reținerea succesivă a mijloacelor financiare conform proceselor-verbale a lucrărilor executate, acestuia i se va reține 5% din valoarea acestora până la atingerea unei valori de 5% din valoarea totală a contractului. Aceste rețineri vor fi efectuate până la completarea garanției de bună execuție. Sumele astfel reținute vor fi gestionate de către Beneficiar.

Prin urmare este evident că la etapa de publicare a documentației de atribuire, în temeiul art. 68 al (9) și art. 74 al (3) din legea nr. 131/2015, al. 152. 1) și al. 153. din Regulamentul achizițiilor publice de lucrări aprobat prin HG 638 din 26.08.2020, autoritatea contractantă a stabilit formele garanției de bună execuție a contractului și a informat ofertanții despre condițiile de încheiere a contractului de achiziție publică, astfel fiind agreate trei forme de garanție de bună execuție: prin garanție bancară/ rețineri succesive/ transfer pe contul autorității contractante.

Acesta constatare este argumentată prin faptul că în conformitate cu Legea nr. 131 din 03.07.2015:

1. art.68 (9).Autoritatea contractantă va indica în documentația de atribuire cerințele față de emitent, forma, cuantumul și alte condiții de bază ale garanției de bună execuție a contractului.

2. art. 74 :

(3) Ofertanții sînt informați, la momentul solicitării ofertelor, despre condițiile de încheiere a contractului de achiziții publice.

(4) Se interzice, la momentul încheierii contractului de achiziții publice, modificarea unor elemente ale ofertei câștigătoare, impunerea de noi cerințe ofertantului câștigător sau implicarea oricărui alt ofertant decît cel care a prezentat oferta cea mai avantajoasă.

Precum și a pct-lor 151 și 152 (1) din Regulamentul privind achizițiile publice de lucrări, aprobat prin hotărârea de Guvern nr. 638 din 26.08.2020:

151. Autoritatea contractantă solicită ofertantului, înainte de semnarea contractului, depunerea pe parcursul perioadei de încheiere a contractului a unei asigurări a executării contractului sub formă de garanție de bună execuție. Garanția de bună execuție a contractului se elaborează conform cerințelor stabilite în documentația de atribuire și se constituie de către ofertant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de achiziție publică de lucrări.

152. Autoritatea contractantă stabilește în documentația de atribuire următoarele aspecte:

1) cerințele față de emitent, forma și alte condiții de bază ale garanției de bună execuție a contractului, solicitate pentru executarea contractului;

Pct. 4. Drepturile și obligațiile antreprenorului și ale beneficiarului, subpct-ul 4.10.1 al Contractului – model din documentația de atribuire, aferent procedurii de achiziție nr. ocds - b3wdp 1 – MD –1700485919880 din 26.12.2023, prevede:

4.10.1. Antreprenorul general, prin atribuirea ofertei în favoarea sa, se angajează să depună garanția de bună execuție a contractului, în cuantum de 5% din valoarea contractului atribuit, prin garanție bancară/ rețineri succesive/ transfer pe contul autorității contractante.

În cazul depunerii garanției prin reținerea succesivă a mijloacelor financiare conform proceselor verbale a lucrărilor executate, acestuia i se va reține 5% din valoarea acestora până la atingerea unei valori de 5% din valoarea totală a contractului. Aceste rețineri vor fi efectuate până la completarea garanției de bună execuție. Sumele astfel reținute vor fi gestionate de către Beneficiar.”

Reieșind din prevederile Legii nr. 131 din 03.07.2015, Regulamentului privind achizițiile publice de lucrări, aprobat prin hotărârea de Guvern nr. 638 din 26.08.2020 și documentației de atribuire, autoritatea contractantă (ÎS ”Administrația de Stat a Drumurilor”) a lăsat la discreția ofertantului agrearea și alegerea formei garanției de bună execuție.

Astfel, forma garanției de bună execuție agreată și aleasă de către Ofertant (S.A. „Lusmecon”), prevăzută de documentația de atribuire aferentă procedurii de achiziție nr. ocds - b3wdp 1 – MD – 1700485919880 din 26.12.2023 este: rețineri succesive în cuantum de 5% din valoarea contractului.

Autoritatea contractantă Î.S.” Administrația de Stat a Drumurilor” prin scrisoarea cu nr. 04-02/2475 din 29.05.24, cu încălcarea prevederilor legislației și a conținutului propriei documentații de atribuire, menționate supra, informează SA Lusmecon că formele agreate a garanției de bună execuție a contractului se limitează doar la garanție bancară și transfer pe contul autorității contractante și în caz de neprezentare a garanției de bună execuție în termen vor fi aplicate prevederile pct. 144 din HG 638 din 26.08.2020.

Fapt care încalcă un drept al nostru recunoscut prin art. 82 alin. (1), (2) din Legea nr. 131 din 03 iulie 2015 și art.74 punct (4) din Legea nr. 131 din 03 iulie 2015.

Suplimentar celor expuse supra dorim să menționăm și faptul că în partea motivantă a deciziei nr.03D149-24 din 19.03.2024 Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor s-a expus la aspectul obligatoriu a documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, atât pentru operatori economici participanți la procedură, cit și pentru autoritatea contractantă aceasta fiind ținută ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv, iar prin depunerea ofertelor, operatorii economici și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, implicit și cerințele expres detaliate în aceasta.

Prin urmare în calitate de persoană interesată în cadrul procedurii de achiziție publică, SA „Lusmecon” înaintează prezenta contestație împotriva acțiunii autorității contractante, la etapa de semnare a contractului, de a impune noi condiții la semnarea contractului prin excluderea din formele agreeate de garanție de bună execuție a reținerilor succesive.

E importat să menționăm ofertanții la procedura în cauză, inclusiv SA Lusmecon, nu au fost informați despre decizia grupului de lucru din 12.03.2024 referitor la agreearea de către autoritatea contractantă a anumitor forme de constituire a garanției de bună execuție a contractului în cadrul procedurii de achiziție nr.ocds-b3wdp1-MD-1700485919880. SA Lusmecon a aflat despre situația creată abia la data de 29.05.2024 prin demersul nr. 04-02/2475 din 29.05.2024.

Constatăm decizia de a respinge forma garanției de buna execuție a contractului prin rețineri succesive agreeată și aleasă de SA Lusmecon în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, urmare solicitării autorității contractante, ca una neîntemeiată.

Solicităm:

- Anularea deciziei grupului de lucru din data de 12.03.2024, prin care a fost modificate cerințele expuse în documentația de atribuire, referitor la formele de garanție de bună execuție a contractului, agreeate de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de achiziție nr.ocds-b3wdp1-MD-1700485919880, ce contravine prevederilor art.74 punct (4) din Legea nr. 131 din 03 iulie 2015.

- Constatarea dreptului legal al SA Lusmecon, de a prezenta la semnarea contractului a garanției de bună execuție în formă de rețineri succesive. Formă expres prevăzută în documentația de atribuire publicat de autoritatea contractantă.”

Ulterior, prin suplimentul din data de 10.06.2024 „LUSMECON” SA înaintează următoarele completări la contestația depusă inițial:

„SA Lusmecon menține argumentele expuse în conținutul contestației depuse cu număr de înregistrare 02/459/24 din 30.05.2024 și aduce contraargumente cu privire la punctul de vedere al autorității contractante nr. 04-02/2649 din 06.06.2024 și anume;

Referitor la mențiunea autorității contractante prin care aceasta susține că „contestația „Lusmecon” SA ar urma a fi respinsă fără examinare în fond, deoarece nu ar întruni condițiile de admisibilitate”, precizăm următoarele.

Potrivit art. 82 alin. (1) din Legea nr. 131/2015, orice persoană care are sau a avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămat un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii, este în drept să conteste actul respectiv în modul stabilit de prezenta lege.

Astfel, în condițiile normei legale citate supra, „Lusmecon” SA este persoană interesată în obținerea și semnarea contractului de „Lucrări de reparație a drumului R26 Bender - Căușeni - Cimișlia, km 23,821km46,308 (Sectorul 1 : km 23,821 - km

31,20)”, obiect al procedurii de atribuire în discuție, fapt ce nu poate fi pus la îndoială de nici o parte a acestui proces.

Totodată, precizăm că actul autorității contractante contestat prin prezenta contestație, este decizia grupului de lucru din 12.03.2024, în partea prin care a decis contrar prevederilor documentației de atribuire, acceptarea garanției de bună execuție a contractului doar prin două forme „garanție bancară, sau transfer pe contul autorității contractante”, respectiv, neacceptarea depunerii garanției de bună execuție prin forma „rețineri succesive”, situație comunicată nouă expres, doar la data de 29.05.2024 prin scrisoarea nr. 04-02/2475.

29.05.2024 nr. 04-02/2475

SA „Lusmecon”
step@lusmecon.md

Î.S. „Administrația de Stat a Drumurilor” a examinat solicitarea nr. 46/24 din 27.05.2024 și vă informează următoarele:

La data de 12.03.2024 grupul de lucru în baza art. 7 din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice, a decis constituirea garanției de bună execuție în una din formele: garanție bancară sau transfer pe contul autorității contractante, valabilă până la executarea integrală a contractului, care include perioada de execuție a lucrărilor și perioada de garanție a lucrărilor, în conformitate cu prevederile art. 68 al (8) din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice, solicitată anterior prin solicitarea nr.04-02/2384 din 23.05.2024.

Astfel, prin decizia grupului de lucru din 12.03.2024 - act al autorității contractante (act administrativ, acțiune produce/ poate produce efecte juridice în legătură cu procedura de achiziție publică), ni se încalcă dreptul de a alege forma garanției de bună execuție, drept pe care, însăși autoritatea contractantă, ni la oferit prin documentația de atribuire.

Deci contestăm actul autorității contractante menționat mai sus, inclusiv acțiunea acesteia de restricționare a modalității de depunere a garanției de bună execuție, or, potrivit art. 82 alin. (2) din Legea nr. 131/2015, „În sensul prevederilor alin. (1), prin act al autorității contractante se înțelege orice act administrativ, orice altă acțiune sau inacțiune care produce sau poate produce efecte juridice în legătură cu procedura de achiziție publică”.

În același timp, norma legală de la art. 82 alin. (11) din Legea nr. 131/2015, citată de către autoritatea contractantă în punctul său de vedere, nu este proprie prezentei situații, respectiv nu este clar raționamentul autorului prin invocarea acesteia, or prevederea citată nu poate fi aplicată prezentei contestații sub nici o formă.

Cu referire la afirmațiile autorității contractante „Prin urmare, în speța data constatam ca „Lusmecon” SA contesta forma garanției de buna execuție a contractului, aceasta de fapt fiind specificata încă din momentul publicării procedurii de achiziție publică in anunțul de participare, prin urmare acesta nu mai are calitate de persoana interesata, or contractul de achiziție publică a fost atribuit anume contestatorului”, nu negăm faptul că contractul de achiziție a fost atribuit contestatorului, respectiv nu negăm intenția contestatorului de a semna acest contract, însă, această circumstanță

sub nici o formă nu anulează statutul „Lusmecon” SA de persoană interesată și în continuare de semnarea acestui contract, dar în condițiile cerințelor documentației de atribuire. La fel, nu negăm faptul că forma (formele) garanției de bună execuție au fost precizate în documentația de atribuire, totuși, prin acțiunea sa, grupul de lucru la momentul atribuirii contractului, a modificat această formă (aceste forme) prin excluderea uneia dintre ele și anume „rețineri succesive”.

Dorim să precizăm repetat, că în forma în care au fost scrise aceste cerințe în documentația de atribuire:

- anunțul de participare pct. 19;*
- dispoziții generale pct. 98;*
- modelul de contract de antrepriză pct. 4.10.1,*

nouă ne-a fost clar, fără echivoc, că autoritatea contractantă acceptă oricare din aceste trei forme de depunere a garanției pentru ofertă.

La acest subiect, suntem conștienți de faptul că prerogativa de a alege între una sau mai multe modalități de depunere a garanției pentru ofertă este a grupului de lucru pentru achiziții din cadrul autorității contractante, totuși, reieșind din prevederile art. 68 alin. (9) din Legea nr. 131/2015 în coroborare cu prevederile art. 74 alin. (3) din aceeași lege, acest drept (această prerogativă) urmează a fi exercitat la momentul întocmirii și aprobării documentației de atribuire și nu la momentul aprobării deciziei de atribuire, așa cum s-a întâmplat în cazul supus examinării, or, potrivit alin (4) din același articol, „Se interzice, la momentul încheierii contractului de achiziții publice, modificarea unor elemente ale ofertei câștigătoare, impunerea de noi cerințe ofertantului câștigător sau implicarea oricărui alt ofertant decât cel care a prezentat oferta cea mai avantajoasă”, iar la caz, prin excluderea posibilității de depunere a garanției de bună execuție a contractului prin „rețineri succesive”, autoritatea contractantă nu a făcut altceva de cât să impună noi cerințe (restricții neprevăzute) ofertantului „Lusmecon” SA, și anume, impunerea constituirii garanției de bună execuție prin transfer bancar sau scrisoare de garanție bancară, în condițiile în care, documentația de atribuire prevedea și a treia modalitate.

Cu referire la mențiunea autorității contractante „Pe de alta parte, pretențiile vis a vis de condițiile impuse in anunțul de participare pot fi contestate in termenii expres stabiliți de legislație și nicidecum la momentul atribuirii contractului de achiziție publica”, precizăm că nu contestăm sub nici o formă nici o cerință a anunțului de participare, doar solicităm ca autoritatea contractantă să î-și respecte întocmai propriile prevederi din documentația de atribuire, fără modificări, sau interpretări proprii și eronate a unora din acestea.

Referitor la afirmațiile autorității contractante „In partea ce tine de forma garanției de buna execuție solicitata, menționam ca prevederile Regulamentului privind achizițiile publice de lucrări aprobat prin Hotărârea guvernului nr. 638/2020, stabilesc expres ca grupul de lucru pentru achiziții este abilitat cu dreptul de a se expune asupra admisibilității garanției de buna execuție și nu operatorul economic ...”, le constatăm

a fi eronate și manipulatorii, or, unica prevedere de acest gen în Regulamentul nominalizat, o găsim la pct. 156, potrivit căruia „Operatorul economic, înainte de a depune garanția de bună execuție a contractului, poate cere autorității contractante să confirme admisibilitatea unui emitent propus pentru constituirea garanției respective. Autoritatea contractantă este obligată să răspundă la un astfel de demers”.

Prin urmare, autoritatea contractantă, trișează atunci când face trimitere la această normă, ori, aceasta reglementează cu totul o altă situație de cât cea formată în speță, la caz nefiind vorba despre un oarecare emitent al garanției de bună execuție, ci de o formă acceptată de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, dar interzisă prin decizia de atribuire.

Cu referire la afirmațiile autorității contractante:

Drept concluzie, admisibilitatea garanției de bună execuție a contractului este pusă în sarcina autorității contractante, mai mult ca atât pct. 153 din Regulamentul citat mai sus prevede expres că părțile trebuie să agreeze formele garanției de bună execuție.

Prin urmare discuțiile sau procesul de agreare a formei garanției de bună execuție ține de etapa încheierii unui contract de achiziție publică și nicidecum de atribuirea acestuia, or atribuirea contractului are loc o dată cu emiterea deciziei de atribuire contractului, respectiv că aceste negocieri nu pot face obiectul unei contestații.

precizăm repetat că, nu punem la îndoială faptul că potrivit pct. 153 din Regulamentul privind achizițiile publice de lucrări, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 638/2020, forma garanției de bună execuție urmează a fi agreată de ambele părți semnatare a contractului de antrepriză, această agreere însă, nu este un drept absolut al autorității contractante ce ar urma a fi exercitat la etapa deciziei de atribuire a contractului de achiziție, or, reieșind din prevederile art. 68 alin. (9) din Legea nr. 131/2015 în coroborare cu prevederile art. 74 alin. (3) din aceeași lege, acest drept (această agreere) din partea autorității contractante, urmează a fi exercitat la momentul întocmirii și aprobării documentației de atribuire, iar prin necontestarea acesteia, operatorii economici tacit agreează condițiile impuse prin aceasta, ceea ce la caz s-a și întâmplat, ori reieșind din modalitatea în care a fost întocmită documentația de atribuire și anume faptul că autoritatea contractantă va accepta oricare din cele trei modalități de constituire a garanției de bună execuție, „Lusmecon” SA, tacit a agreat una din ele. Ori într-o interpretare inversă a situației din speță, orice ofertant, inclusiv și „Lusmecon” SA ar fi lipsiți de dreptul de a contesta cerințele documentației de atribuire, în partea ce ține de condițiile depunerii garanției de bună execuție, situație contrară prevederilor art. 82 alin. (1-2) din Legea nr. 131/2015.

Referitor la afirmațiile autorității contractante:

Mai mult ca atât, nu putem nicidecum să înțelegem care este dreptul încălcat al operatorului economic??? Care sunt noile cerințe impuse de autoritatea contractantă la momentul încheierii contractului??? Cum este încălcat dreptul ofertantului desemnat câștigător prin solicitarea de a depune garanția de bună execuție în una din formele specificate în documentația de atribuire???

precizăm că, dreptul nostru încălcat este, impunerea din partea autorității contractante, la semnarea contractului, a noi cerințe (restricții) în partea ce ține de garanția de bună

execuție. Cu privire la acest aspect, dorim să învederăm faptul că depunerea la această etapă a unei garanții de bună execuție prin scrisoare de garanție bancară sau prin transfer pe contul autorității contractante, ar însemna din partea „Lusmecon” SA disponibilitatea de blocare instantanee a unei sume de bani (circa 6125634 lei), pe când prin forma de „rețineri succesive”, nu este pusă în sarcina operatorului economic disponibilitatea și blocarea unei astfel de sume bănești la etapa actuală. La acest aspect, precizăm faptul că la întocmirea ofertei noastre financiare, un rol important a avut-o și această situație, or în cazul în care ne-ar fi fost cunoscută intenția autorității contractante de a nu accepta garanția de bună execuție prin rețineri succesive, la stabilirea ofertei noastre financiare am fi preconizat cheltuieli inclusiv pentru a asigura disponibilitate de blocare la etapa actuală a acestei sume pentru întreaga perioadă de derulare a contractului.

Reieșind din cele expuse, în temeiul prevederilor art. 86 alin. (3) din Legea nr. 131/2015, solicităm repetat Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor, admiterea prezentei contestații cu impunerea autorității contractante de a anula restricțiile privind acceptarea garanției de bună execuție prin rețineri succesive.

Argumentele autorității contractante:

Întreprinderea de Stat „Administrația de Stat a Drumurilor”, prin punctul său de vedere, expus în scrisoarea nr. 04-02/2649 din 06.06.2024, în susținerea deciziei sale, comunică următoarele:

„Prin prezenta, Vă comunicăm că la data de 17.05.2024 de către Î.S. „Administrația de Stat a Drumurilor” a fost recepționată scrisoarea nr. 03D-300-24 din 17.05.2024, prin care se solicită prezentarea poziției față de contestația depusă de către „Lusmecon” SA la procedura de achiziție . MD-1700485919880 privind achiziția „Lucrări de reparație a drumului R26 Bender - Căușeni - Cimișlia, km 23,821 km 46,308 (Sectorul 1 : km 23,821 - km 31,20)”.

Urmare a examinării motivelor care stau la baza contestației, Î.S. „Administrația de Stat a Drumurilor” consideră că contestația depusă de „Lusmecon” SA urmează a fi respinsă, fără examinarea acesteia în fond pe motiv că nu întrunește cerințele de admisibilitate.

Întru argumentarea poziției grupului de lucru pentru achiziții învederăm următoarele circumstanțe de fapt și de drept.

Conform art. 82 alin. (1) din Legea nr. 131/2015, orice persoană care are sau a avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică (nu negocierea și semnarea contractului de achiziție publică deja atribuit) un act al autorității contractante a vătămat un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii, este în drept să conteste actul respectiv în modul stabilit de lege.

Totodată, potrivit alin. (11) din articolul prenotat, se consideră că ofertanții sunt interesați dacă nu au fost excluși definitiv. O excludere este definitivă dacă a fost

notificată ofertanților interesați și fie a fost considerată legală de către Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac la Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor dacă nu a fost contestată în modul stabilit. Reieșind din prevederile indicate, în vederea înaintării unei căi de atac contestatorul trebuie să întrunească, în mod cumulativ, cele 2 condiții impuse de art. 82 alin. (1) din legea menționată, și anume:

1. Să aibă sau să fi avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică;
2. Consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămat un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii.

Astfel, „orice persoană”, prin urmare indiferent de statutul și calitatea pe care o are în cadrul unei proceduri de achiziție publică, are dreptul de a contesta „un act al autorității contractante care a vătămat un drept al său recunoscut de lege” cu condiția ca să aibă „un interes în obținerea unui contract de achiziție publică”.

Prin urmare, interesul reprezintă folosul direct pe care-l are o parte ca rezultat al soluționării unei contestații, iar la momentul exercitării dreptului de a formula o contestație, se impune justificarea interesului operatorului economic contestator pentru fiecare caz în parte în funcție de obiectul contestației și situația concretă a acestuia, urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate.

Totodată, interesul contestatorului de a exercita calea de atac, trebuie să existe la momentul formulării contestației, sub sancțiunea inadmisibilității, iar acțiunile Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor, rezidând din prevederile art. 86 alin. (1) din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice, sunt că din oficiu să analizeze toate situațiile ce împiedică examinarea fondului, în condițiile în care norma legală citată prevede expres că, Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor se pronunță mai întâi asupra cazurilor de restituire a contestației, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la examinarea în fond a cauzei.

În acest sens, prin reglementarea interesului în obținerea unui contract de achiziții publice, legiuitorul a reglementat expres că dreptul de a contesta nu este un drept absolut, iar norma legală stabilește de asemenea și limitele competenței Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor prin identificarea în primul rând dacă are sau nu statut de persoană interesată în condițiile Legii nr. 131/2015 privind achizițiile publice.

Prin urmare, în speța dată constatăm că „Lusmecon” SA contestă forma garanției de bună execuție a contractului, aceasta de fapt fiind specificată încă din momentul publicării procedurii de achiziție publică în anunțul de participare, prin urmare acesta nu mai are calitate de persoană interesată, or contractul de achiziție publică a fost atribuit anume contestatorului.

Pe de altă parte, pretențiile vis a vis de condițiile impuse în anunțul de participare pot fi contestate în termenii expres stabiliți de legislație și nicidecum la momentul atribuirii contractului de achiziție publică.

Toate argumentele invocate de către contestatar prin prisma prevederilor art. 74 alin (4) din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice precum că autoritatea contractantă modifică cerințele precum și că impune cerințe noi sunt lipsite de sens (în viziunea operatorului economic nu mai trebuie nici grup de lucru nici autoritatea contractantă – operatorii economici vor decide condițiile de contractare).

În partea ce ține de forma garanției de bună execuție solicitată, menționăm că prevederile Regulamentului privind achizițiile publice de lucrări aprobat prin Hotărârea guvernului nr. 638/2020, stabilesc expres că grupul de lucru pentru achiziții este abilitat cu dreptul de a se expune asupra admisibilității garanției de bună execuție și nu operatorul economic, mai mult ca atât că acesta (operatorul economic desemnat câștigător) are dreptul de a primi și un avans în mărime de până la 10%. În cazul în care nu le sunt clare careva cerințe, operatorii economici, potrivit drepturilor statuate de legislația în domeniul achizițiilor publice, au dreptul de a solicita explicații de la autoritatea contractantă.

Revenind la modul de constituire a garanției de bună execuție a contractului de achiziție publică de lucrări, învederăm următoarele prevederi din Regulamentul privind achizițiile publice de lucrări.

Pct. 151. Autoritatea contractantă solicită ofertantului, înainte de semnarea contractului, depunerea pe parcursul perioadei de încheiere a contractului a unei asigurări a executării contractului sub formă de garanție de bună execuție. Garanția de bună execuție a contractului se elaborează conform cerințelor stabilite în documentația de atribuire și se constituie de către ofertant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de achiziție publică de lucrări.

Pct. 153. Garanția de bună execuție a contractului, dacă părțile agreează, se constituie din:

- 1) rețineri succesive din plata cuvenită pentru facturile înaintate, cu efectuarea transferului sumei respective pe un cont special deschis de către operatorul economic, pus la dispoziția autorității contractante, la o bancă licențiată, agreeată de ambele părți;*
- 2) rețineri succesive directe din plata cuvenită pentru facturile înaintate;*
- 3) transfer pe contul autorității contractate.*

Pct. 156. Operatorul economic, înainte de a depune garanția de bună execuție a contractului, poate cere autorității contractante să confirme admisibilitatea unui emitent propus pentru constituirea garanției respective. Autoritatea contractantă este obligată să răspundă la un astfel de demers.

Drept concluzie, admisibilitatea garanției de bună execuție a contractului este pusă în sarcina autorității contractante, mai mult ca atât pct. 153 din Regulamentul citat mai sus prevede expres că părțile trebuie să agreeze formele garanției de bună execuție.

Prin urmare discuțiile sau procesul de agreeare a formei garanției de bună execuție ține de etapa încheierii unui contract de achiziție publică și nicidecum de atribuirea

acestui, or atribuirea contractului are loc o dată cu emiterea deciziei de atribuire contractului, respectiv că aceste negocieri nu pot face obiectul unei contestații.

Mai mult ca atât, nu putem nicidecum să înțelegem care este dreptul încălcat al operatorului economic??? Care sunt noile cerințe impuse de autoritatea contractantă la momentul încheierii contractului??? Cum este încălcat dreptul ofertantului desemnat câștigător prin solicitarea de a depune garanția de bună execuție în una din formele specificate în documentația de atribuire???

În contextul celor expuse solicităm respectuos de a respinge contestația depusă de „Lusmecon” SA ca fiind lipsită de interes.”.

La data de 14.06.2024 autoritatea contractantă mai comunică:

„Prin prezenta, Î.S. „Administrația de Stat a Drumurilor” constată lipsite de temei juridic alegațiile expuse în scrisoarea „Lusmecon” SA de contraargumentare a punctului de vedere al grupului de lucru pentru achiziții din următoarele considerente.

În punctul de vedere al autorității contractante nr. 04-02/2649 din 06.06.2024 au fost aduse argumentele de rigoare care demonstrează că pretențiile formulate de către „Lusmecon” SA sunt nefondate și nu fac obiectul unei contestații în spiritul prevederilor art. 82 alin. (1), alin. (11) și alin (2) din Legea nr. 131 din 03 iulie 2015, privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă s-a expus detaliat asupra faptului că în speța dată „Lusmecon” SA nu are calitate de persoană interesată, or, din conținutul art. 82 alin. (11) din legea prenotată, se deduce inechivoc că ofertanții sunt interesați dacă nu au fost excluși definitiv. Pentru a simplifica procedura de examinare per ansamblu a speței date, în prezenta scrisoare doar vom reitera poziția autorității contractante, or documentele confirmative și descrierea situației de fapt și de drept au fost expuse anterior în punctul de vedere sus menționat.

Așa deci, ofertantul „Lusmecon” SA nu a fost exclus de la procedura de achiziție, mai mult ca atât acestuia i-a fost atribuit un contract de achiziție publică.

Mai mult ca atât, în punctul său de vedere nr. 52/24 din 10.06.2024, „Lusmecon” SA menționează următoarele:

Prin urmare discuțiile sau procesul de agreare a formei garanției de bună execuție ține de etapa încheierii unui contract de achiziție publică și nicidecum de atribuirea acestuia, or atribuirea contractului are loc o dată cu emiterea deciziei de atribuire contractului, respectiv că aceste negocieri nu pot face obiectul unei contestații.

precizăm repetat că, nu punem la îndoială faptul că potrivit pct. 153 din Regulamentul privind achizițiile publice de lucrări, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 638/2020, forma garanției de bună execuție urmează a fi agreată de ambele părți semnatare a contractului de antrepriză, această agreere însă, nu este un drept absolut al autorității contractante ce ar urma a fi exercitat la etapa deciziei de atribuire a contractului de achiziție. or, reieșind din prevederile art. 68 alin. (9) din Legea nr. 131/2015 în coroborare cu prevederile art. 74 alin. (3) din aceeași lege, acest drept (această agreere) din partea autorității contractante, urmează a fi exercitat la momentul întocmirii și aprobării documentației de atribuire, iar prin necontestarea acesteia, operatorii economici tacit agreează condițiile impuse prin aceasta, ceea ce la caz s-a și întâmplat, ori reieșind din modalitatea în care a fost întocmită documentația de atribuire și anume faptul că autoritatea contractantă va accepta oricare din cele trei modalități de constituire a garanției de bună execuție, „Lusmecon” SA, tacit a agreat una din ele. Ori într-o interpretare inversă a situației din speță, orice ofertant, inclusiv și „Lusmecon” SA ar fi lipsiți de dreptul de a contesta cerințele documentației de atribuire, în partea ce ține de condițiile depunerii garanției de bună execuție, situație contrară prevederilor art. 82 alin. (1-2) din Legea nr. 131/2015.

Referitor la afirmațiile autorității contractante:

Mai mult ca atât, nu putem nicidecum să înțelegem care este dreptul încălcat al operatorului economic??? Care sunt noile cerințe impuse de autoritatea contractantă la momentul încheierii contractului??? Cum este încălcat dreptul ofertantului desemnat câștigător prin solicitarea de a depune garanția de bună execuție în una din formele specificate în documentația de atribuire???

precizăm că, dreptul nostru încălcat este, impunerea din partea autorității contractante, la semnarea contractului, a noi cerințe (restricții) în partea ce ține de garanția de bună execuție. Cu privire la acest aspect, dorim să învederăm faptul că depunerea la această etapă a unei garanții de

Astfel, acesta din urmă recunoaște ca negocierea unor clauze contractuale ține strict de competența părților contractuale. În partea ce ține de dreptul încălcat (a se vedea textul înserat culoarea albastră) acesta reiterează ”impunerea din partea autorității contractante la semnarea contractului a noi cerințe”.

Care sunt noile cerințe impuse ???

Care este dreptul încălcat dacă contractual a fost atribuit ???

Mai mult ca atât, constatăm neclare pretențiile contestatorului or acestuia i-a fost atribuit și contractul pentru reparația drumului G 109 Delacău – Bulboaca- R2, sectoarele km 8,00 – 9,13 și km 13,40-19,43, unde documentația de atribuire prevedea exact aceleași cerințe vis a vis de garanția de bună execuție, iar la momentul încheierii contractului de achiziție acesta a prezentat garanția bancară de bună execuție a contractului nr. 00/11-312 din 02.05.2024 (se anexează Garanția bancară emisă de către BC ”Moldindconbank” SA nr. 00/11-312 din 02.05.2024 și scrisoarea nr. 04-02/1998 din 29.04.2024 a ÎS ”Administrația de Stat a Drumurilor”). Garanția de bună execuție a fost solicitată de către autoritate contractantă exact în aceeași formă, ceea ce ne face să credem că prezenta contestație are doar scopul de a tergiversa încheierea contractului de achiziție publică.

Menționăm că grupul de lucru pentru achiziții, în cadrul procedurilor de achiziție publică, precum și în procesul de negociere a clauzelor contractuale, executarea contractului etc., în situațiile în care urmează să-și exercite un drept discreționar, acesta este exercitat în strictă conformitate cu prevederile art. 23 și art. 137 alin (4) din Codul administrativ al Republicii Moldova.

Articolul 23. Egalitatea de tratament

(1) Autoritățile publice și instanțele de judecată competente acționează respectând principiul egalității și nediscriminării.

(2) *Autoritățile publice și instanțele de judecată competente trebuie să trateze în mod egal persoanele aflate în situații similare. Orice diferență de tratament trebuie justificată în mod obiectiv.*

Articolul 137. Dreptul discreționar

(4) *Dacă într-un caz autoritatea publică și-a exercitat dreptul discreționar într-un anumit mod, atunci în cazuri similare ea este obligată să își exercite dreptul discreționar în același mod. Această regulă nu se aplică dacă autoritatea publică intenționează să își schimbe în viitor practica de exercitare a dreptului discreționar în cazuri similare.*

Având în vedere complexitatea procedurilor de achiziție publică desfășurate în acest sector, întru respectarea prevederilor legale menționate supra, precum și întru respectarea principiului reflectat în art. 7 lit. (a) din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice (utilizarea eficientă a banilor publici și minimizarea riscurilor autorităților contractante;), ÎS "Administrația de Stat a Drumurilor", în cadrul tuturor procedurilor de achiziție publică solicit aceeași formă a garanției de bună execuție a contractului, exact ca și în cazul contestat de către „Lusmecon” SA.

În contextul celor expuse, având în vedere că nici în contraargumentarea la punctul de vedere a autorității contractante „Lusmecon” SA nu a putut demonstra cum este încălcat dreptul ofertantului desemnat câștigător prin solicitarea de a depune garanția de bună execuție în una din formele specificate, precum și având în vedere faptul că acesta nu are statut de ofertant interesat în prezenta speță, solicitam respectuos de a respinge contestația ca fiind lipsită de interes (constatarea inadmisibilității acesteia).

Suplimentar, este necesar de învederat și faptul că agrearea formei garanției de bună execuție în esență ține de oportunitatea autorității contractante în a alege aceea formă a garanției de bună execuție pe care o consideră cea mai potrivită pentru a ajunge să fie realizat scopul procedurii de achiziții publice.

Altfel spus, oportunitatea agreării formei garanției de bună execuție poate fi înțeleasă ca acea marjă de libertate, de apreciere lăsată în mod prioritar la latitudinea autorității contractante de a alege între mai multe căi posibile de urmat pentru a ajunge la scopul stabilit.

În final, precizăm că oportunitatea aprobării formei garanției de bună execuție ține de competența exclusivă a autorității contractante și a operatorului economic și nicidecum nu a autorității cu funcție de control.”

Aprecierea Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor:

Potrivit art. 82 alin. (1) din Legea nr. 131/2015, orice persoană care are sau a avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămat un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii, este în drept să conteste actul respectiv în modul stabilit de lege.

Analizând pretențiile formulate de către contestator, Agenția reține că „LUSMECON” S.A. contestă acțiunea grupului de lucru de impunere a „*noi condiții la etapa de semnare a contractului a unor clauze și cerințe ce sunt prevăzute în documentația de atribuire și în modelul contractului publicat de autoritatea contractantă în cadrul procedurii cu nr. MD-1700485919880 din 26.12.2023, în ceea ce privește forma și alte cerințe de bază ale garanției de bună execuție*”.

Procedând la examinarea în fond a contestației, se atestă că Întreprinderea de Stat „Administrația de Stat a Drumurilor” a publicat în Buletinul achizițiilor publice pe portalul guvernamental de acces online: www.mtender.gov.md, la data de 20.11.2023, anunțul de participare la procedura de achiziții nr. MD-1700485919880 privind achiziția „Lucrări de reparație a drumului R26 Bender - Căușeni - Cimișlia, km 23,821 - km 46,308 (Sectorul 1 : km 23,821 – km 31,20)”, publicând concomitent și documentația de atribuire.

Analizând retrospectiv circumstanțele de fapt ce rezultă din contestația depusă de către „LUSMECON” SA, se reține că nefiind de acord cu Decizia autorității contractante nr. ocds-b3wdp1-MD-1700485919880 din 14.02.2024, la data de 22.02.2024, „LUSMECON” SA a depus contestația înregistrată la Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor cu nr. 02/128/24 prin care și-a manifestat dezacordul în raport cu decizia autorității contractante privind respingerea ofertei sale, motivul invocat fiind neîntrunirea cerinței privind experiența similară prezentată conform formularelor în Anexa 12 și Anexa 13.

În acest context, prin Decizia Agenției nr. 03D-149-24 din 19.03.2024, rectificată prin Decizia nr. 03D-149-24/R din 20.03.2024, s-a decis admiterea parțială a contestației nr. 02/128/24 din 22.02.2024, depusă de către „LUSMECON” SA și dispunerea măsurilor de remediere sub forma reevaluării ofertei „LUSMECON” SA, iar prin Decizia de reevaluare nr. ocds-b3wdp1-MD-1700485919880 din 10.04.2024, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare, oferta operatorului economic „LUSMECON” SA.

Ulterior, la data de 15.04.2024 ofertantul din cadrul aceleiași proceduri „Rutador” SRL, a contestat respingerea ofertei sale și atribuirea contractului de achiziție publică „LUSMECON” SA. În rezultatul examinării și soluționării contestației acestuia, prin Decizia nr.03D-300-24 din 17.05.2024 Agenția a respins pretențiile contestatorului „Rutador” SRL, respectiv, decizia autorității contractantă de desemnare câștigătoare a ofertei operatorului economic „LUSMECON” SA, a rămas neschimbată.

Astfel, la soluționarea contestației operatorului economic „LUSMECON” SA privind acțiunea autorității contractante de impunere a unor condiții ce, în viziunea acestuia, depășesc limitele documentației de atribuire, Agenția învederează prevederile art. 40 alin. (1) din legea prenotată, autoritatea contractantă are obligația de a stabili în documentația de atribuire orice cerință, criteriu regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, cât și dispozițiile pct. 27 subpct. 1), pct. 28 subpct. 1)

și subpct. 5), pct. 29 subpct. 1) și subpct. 3) din Regulamentul cu privire la activitatea grupului de lucru pentru achiziții, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 10/2021, potrivit căreia grupul de lucru examinează și concretizează necesitățile autorității contractante de bunuri, lucrări și servicii, coordonându-le în limitele mijloacelor financiare repartizate în acest sens, precum și elaborează documentația de atribuire și alte documente aplicabile în cadrul procedurilor de achiziție publică în conformitate cu documentațiile standard aprobate.

Referitor la solicitarea/prezentarea garanției de bună execuție, art. 31 alin. (6) din Legea nr. 131/2015, prevede că față de ofertantul a cărui ofertă este desemnată câștigătoare, în documentația de atribuire poate fi inclusă cerința semnării contractului de achiziții publice în termen de 10 zile de la data la care i-a fost remis spre semnare, iar alin. (7) din același articol prevede că **contractul de achiziții publice se consideră încheiat la data semnării acestuia de către părți și intră în vigoare din momentul înregistrării lui în modul stabilit de prezenta lege.**

Totodată, art. 68 alin. (8) din Legea nr. 131/2015, stipulează că la achiziția de bunuri, lucrări și servicii, autoritatea contractantă va cere ca ofertantul să prezinte, la încheierea contractului, garanția de bună execuție a acestuia, iar în conformitate cu art. 31 alin. (8) din aceeași lege după expirarea termenului prevăzut la alin. (6), ofertantul care a primit comunicarea de acceptare a ofertei nu a semnat contractul de achiziții publice sau nu a prezentat garanția de bună execuție a contractului, autoritatea contractantă este în drept să respingă oferta și să atribuie contractul următorului ofertant clasat, cu condiția că oferta acestuia este în vigoare. Totodată, autoritatea contractantă este în drept să respingă toate celelalte oferte în condițiile prezentei legi.

Subsecvent, pct. 97 din Documentația standard pentru realizarea achizițiilor publice de lucrări, aprobată prin Ordinul nr.69/2021, la caz documentația de atribuire, prevede că la momentul încheierii contractului, dar nu mai târziu de data expirării garanției pentru ofertă, după caz, ofertantul câștigător prezintă garanția de bună execuție, în conformitate cu cerințele stipulate în Regulamentul privind achizițiile publice de lucrări, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 638/2020.

Astfel, relevant speței, Regulamentul privind achizițiile publice de lucrări, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 638/2020 prevede:

- pct. 151. „Autoritatea contractantă solicită ofertantului, înainte de semnarea contractului, depunerea pe parcursul perioadei de încheiere a contractului a unei asigurări a executării contractului sub formă de garanție de bună execuție. **Garanția de bună execuție a contractului se elaborează conform cerințelor stabilite în documentația de atribuire** și se constituie de către ofertant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de achiziție publică de lucrări”.

- pct. 152. „Autoritatea contractantă stabilește în documentația de atribuire următoarele aspecte:

1) cerințele față de emitent, forma și alte condiții de bază ale garanției de bună execuție a contractului, solicitate pentru executarea contractului;

2) cuantumul garanției de bună execuție a contractului, care nu trebuie să depășească 15% din valoarea totală a contractului de achiziții publice de lucrări. Garanția de bună execuție a contractului este valabilă până la expirarea contractului”.

- pct. 153. „Garanția de bună execuție a contractului, **dacă părțile agreează**, se constituie din:

1) rețineri succesive din plata convenită pentru facturile înaintate, cu efectuarea transferului sumei respective pe un cont special deschis de către operatorul economic, pus la dispoziția autorității contractante, la o bancă licențiată, agreată de ambele părți;

2) rețineri succesive directe din plata convenită pentru facturile înaintate;

3) transfer pe contul autorității contractate”.

Analizând, anunțul de participare, Agenția constată că autoritatea contractată a solicitat la pct. 19 „*Garanția de bună execuție a contractului, în cuantum de 5% din valoarea contractului.*”. Concomitent, autoritatea contractantă a publicat documentația de atribuire, în care se indică la pct. 98 „*Garanția de bună execuție a contractului, dacă părțile agreează, se constituie din:*

1) *rețineri succesive din plata convenită pentru facturile fiscale înaintate, cu efectuarea transferului sumei respective pe un cont special deschis de către operatorul economic, pus la dispoziția autorității contractante, la o bancă licențiată, agreată de ambele părți;*

2) *rețineri succesive directe din plata convenită pentru facturile fiscale înaintate;*

3) *transfer pe contul autorității contractante.*”.

Tot aici, în contractul-model din Anexa nr. 25, beneficiarul indică la Capitolul II „*Partea ce ține de condițiile speciale a contractului*”, pct. 4. „*Drepturile și obligațiunile antreprenorului și ale beneficiarului*”, subpct. 4.10.1. „*Antreprenorul general, prin atribuirea ofertei în favoarea sa, se angajează să depună garanția de bună execuție a contractului, în cuantum de 5% din valoarea contractului atribuit, prin garanție bancară/rețineri succesive/transfer pe contul autorității contractante. În cazul depunerii garanției prin reținerea succesivă a mijloacelor financiare conform proceselor-verbale a lucrărilor executate, acestuia i se va reține 5% din valoarea acestora până la atingerea unei valori de 5% din valoarea totală a contractului. Aceste rețineri vor fi efectuate până la completarea garanției de bună execuție. Sumele astfel reținute vor fi gestionate de către Beneficiar.*”.

Astfel, se atestă că Întreprinderea de Stat „Administrația de Stat a Drumurilor” a stabilit în anunțul de participare cât și în documentația de atribuire condiția prezentării garanției de bună execuție a contractului. Totodată, din aceeași documentație de atribuire rezultă că autoritatea contractantă a prevăzut formele garanției de bună execuție, astfel cum acestea sunt reglementate în Regulamentul privind achizițiile publice de lucrări, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 638/2020, la caz:

- 1) rețineri succesive din plata convenită pentru facturile înaintate, cu efectuarea transferului sumei respective pe un cont special deschis de către operatorul economic, pus la dispoziția autorității contractante, la o bancă licențiată, agreată de ambele părți;
- 2) rețineri succesive directe din plata convenită pentru facturile înaintate;
- 3) transfer pe contul autorității contractate.

În speță, Agenția constată că în rezultatul emiterii deciziei ANSC nr.03D-300-24 din 17.05.2024, autoritatea contractantă, prin scrisoarea nr. 04-02/2384 din 23.05.2024, solicită ofertantului să prezinte, la încheierea contactului, garanția de bună execuție în cuantum de 5% din valoarea contractului, până la data de 03.06.2024.

La rândul său, operatorul economic, prin scrisoarea nr. 46/24 din 27.05.2024 informează autoritatea contractantă despre forma garanției de bună execuție, menționând că: „Reieșind din prevederile Legii nr.131 din 03.07.2015 și documentația de atribuire, autoritatea contractantă (ÎS „Administrația de Stat a Drumurilor”) a lăsat la dispoziția ofertantului agrearea și alegerea **forme**i garanției de bună execuție. Astfel, forma garanției de bună execuție agreată și aleasă de către ofertant (S.A. „LUSMECON”) este: **rețineri succesive în cuantum de 5% din valoarea contractului**”.

Ulterior, prin scrisoarea nr. 04-02/2475 din 29.05.2024, autoritatea contractantă informează contestatorul că: „La data de 12.03.2024, grupul de lucru în baza art. 7 din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice, a decis constituirea garanției de bună execuție în una din formele: garanție bancară sau transfer pe contul autorității contractante, valabilă până la executarea integrală a contractului, care include perioada de execuție a lucrărilor și perioada de garanție a lucrărilor, în conformitate cu prevederile art. 68 al (8) din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice, solicitate anterior prin scrisoarea nr. 04-02/2384 din 23.05.2024”.

Reieșind din circumstanțele speței indicate supra, se constată că în anunțul de participare autoritatea contractantă nu a indicat expres formele prin care operatorul economic desemnat câștigător va garanta buna execuție a contractului. Cu toate acestea, în contractul-model aferent documentației de atribuire și, implicit, în documentația de atribuire, sunt specificate formele admisibile ale garanției de bună execuție, acestea la caz fiind:

- 1) rețineri succesive din plata convenită pentru facturile înaintate, cu efectuarea transferului sumei respective pe un cont special deschis de către operatorul economic, pus la dispoziția autorității contractante, la o bancă licențiată, agreată de ambele părți;
- 2) rețineri succesive directe din plata convenită pentru facturile înaintate;
- 3) transfer pe contul autorității contractate.

Tot aici, este de menționat că la invitarea semnării contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă, a solicitat ofertantului desemnat câștigător prezentarea garanției de bună execuție, fără a specifica și forma acesteia.

Ulterior, la data de 29.05.2024, autoritatea contractantă a informat operatorul economic despre faptul că grupul de lucru, prin Procesul-verbal nr. 3 din 12 martie 2024 a decis „Antreprenorul general, prin atribuirea ofertei în favoarea sa, se angajează să

depună garanția de bună execuție a contractului, în cuantum de 5% din valoarea contractului atribuit, prin garanție bancară sau transfer pe contul autorității contractante, valabilă pînă la executarea integrală a contractului, care include perioada de execuție a lucrărilor și perioada de garanție a lucrărilor.

Forma garanției de bună execuție a contractului poate fi înlocuită cu o garanție bancară sau transfer pe contul autorității contractante, în același cuantum, stipulat mai sus, cu acordul scris al beneficiarului.”

Astfel, pe de o parte, procesul verbal respectiv nu este emis pe marginea procedurii de achiziție din litigiu, acesta stipulând ordinea de zi „1. Planificarea achizițiilor Î.S. „Administrația de Stat a Drumurilor” pentru anul 2024. 2.Modalitățile de depunere a garanției de bună execuție aferente contractelor de achiziții publice.”, iar pe de altă parte, această acțiune a fost efectuată de către grupul de lucru la o dată ce excedă termenul în care autoritatea contractantă are dreptul și posibilitatea să opereze modificări în cerințele prestabilite în documentația de atribuire, termenul limită fiind 26.12.2023. Or, potrivit art.41 alin.(1) al Legii nr.131/2015, pînă la expirarea termenului de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă are dreptul să modifice documentația de atribuire.

Prin urmare, acțiunea autorității contractante de a planifica achizițiile pentru o perioadă anumită, inclusiv de a decide repere pentru întocmirea cerințelor documentației de atribuire pentru procedurile ulterioare nu reprezintă o acțiune contrară prevederilor legale, astfel de acțiuni, însă, nu pot fi aplicate retroactiv procedurilor deja inițiate și desfășurate, or în acest caz ofertanții nu au posibilitatea de a contesta eventualele clauze limitative ale documentației de atribuire.

Tot aici, relevante sunt prevederile art. 40 alin. (1) din Legea nr.131/2015, care prevăd expres obligația autorității contractante de a stabili în documentația de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire și, respectiv, prevederile și art. 74 alin. (4) din aceeași lege care interzic, la momentul încheierii contractului de achiziții publice, modificarea unor elemente ale ofertei câștigătoare, **impunerea de noi cerințe ofertantului câștigător** sau implicarea oricărui alt ofertant decît cel care a prezentat oferta cea mai avantajoasă. În acest context, îngustarea formelor garanției de bună execuție, ce pot fi prezentate de către ofertant înainte de încheierea contractului, reprezintă impunerea de noi cerințe la momentul încheierii contractului de achiziții publice, fapt expres interzis de imperativele menționate supra.

În acest sens, în aprecierea Agenției, cerințele instituite în documentația de atribuire sunt în aceeași măsură opozabile atât operatorilor economici în perioada de întocmire a ofertelor, cât și autorității contractante în perioada de evaluare a ofertelor și semnării contractului de achiziție publică, iar nerespectarea de către aceasta din urmă a propriilor cerințe, conduce la încălcarea principiului transparenței, cât și a principiului tratamentului egal, imparțialitate, nediscriminare în privința tuturor ofertanților și

operatorilor economici, principiile care stau la baza reglementării achizițiilor publice și stipulate la art. 7 din Legea nr. 131/2015.

Astfel, în contextul în care autoritatea contractantă a condiționat prezentarea garanției de bună execuție a contractului impunând cerințe noi, care restrâng cerințele inițiale prevăzute în documentația de atribuire, în circumstanțele din speță, se constată că neacceptarea formei garanției de bună execuție propuse de către operatorul economic desemnat câștigător este de natură să-i provoace prejudicii acestuia, fapt ce se încadrează în prevederile art. 82 alin. (1) din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice care prevede că orice persoană care are sau a avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămat un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii, este în drept să conteste actul respectiv în modul stabilit de prezenta lege.

Cu referire la alegațiile beneficiarului prin care susține că, „[...] *agreaarea formei garanției de bună execuție în esență ține de oportunitatea autorității contractante în a alege acea formă a garanției de bună execuție pe care o consideră cea mai potrivită pentru a ajunge să fie realizat scopul procedurii de achiziții publice. Altfel spus, oportunitatea agreării formei garanției de bună execuție poate fi înțeleasă ca acea marjă de libertate, de apreciere lăsată în mod prioritar la latitudinea autorității contractante de a alege între mai multe căi posibile de urmat pentru a ajunge la scopul stabilit.*”, acestea nu pot fi reținute în condițiile în care sintagma „*dacă părțile agreează*”, de la pct. 98 din Documentația standard pentru realizarea achizițiilor publice de lucrări, aprobată prin Ordinul nr.69/2021, nu poate fi interpretată ca fiind o prerogativă exclusivă a autorității contractante, după cum afirmă autoritatea contractantă, în acest exercițiu urmând a fi atras corespunzător și operatorul economic.

De asemenea, Agenția atestă că la pregătirea ofertei se prezumă că contestatorul a mizat pe caracterul transparent al documentației de atribuire și pe oportunitatea de a opta pentru fiecare dintre formele garanției de bună execuție prevăzute de documentația de atribuire, considerent din care acțiunea autorității contractante de a accepta, la etapa de încheiere a contractului, doar a unui transfer la contul acesteia sau a unei scrisori de garanție bancară în cuantum de 5% din valoarea ofertei care, în speță, este de 122 512 686,94 MDL, reprezintă o acțiune disproporționată fiind afectat în acest mod principiul proporționalității, prevăzut la art. 7 din Legea nr. 131/2015, or principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopul urmărit.

Cât privește aserțiunea autorității contractante „[...] *că oportunitatea aprobării formei garanției de bună execuție ține de competența exclusivă a autorității contractante și a operatorului economic și nicidecum nu a autorității cu funcție de*

control.”, potrivit pct. 2 din Regulamentul de organizare și funcționare a Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor, aprobat prin *Hotărârea Parlamentului nr. 271/2016, cu privire la instituirea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor*, Agenția este o autoritate publică autonomă, responsabilă față de Parlament, având competența soluționării contestațiilor formulate în cadrul procedurilor de achiziție în conformitate cu Legea nr.131 din 3 iulie 2015 privind achizițiile publice, are statut de persoană juridică de drept public și nu se subordonează unei alte autorități publice sau private. Tot aici, potrivit art. 86 alin. (3) din Legea nr. 131/2015 Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate pronunța o decizie prin care îl anulează în parte sau în tot, obligă autoritatea contractantă să emită un act sau dispune orice altă măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire.

În acest sens, art. 82 al Legii nr. 131/2015 prevede că orice persoană care are sau a avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămat un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii, este în drept să conteste actul respectiv în modul stabilit de prezenta lege. Subsecvent, alin. (2) din același articol, stabilește că, în sensul prevederilor alin. (1), prin act al autorității contractante se înțelege orice act administrativ, orice altă acțiune sau inacțiune care produce sau poate produce efecte juridice în legătură cu procedura de achiziție publică, iar potrivit art. 87 alin. (1) din Legea nr. 131/2015, stipulează că, procesele și cererile privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziții publice se soluționează de către instanța judecătorească competentă.

Prin urmare, având în vedere faptul că contractul de achiziție nu este încheiat, astfel încât competența soluționării diferendului să fie a instanțelor judecătorești, iar acțiunea autorității contractante produce efecte juridice în legătură cu procedura de achiziție publică din speță, or dezacordul contestatorului, în raport cu acțiunea dată, vizează acțiuni raportate la procedura de achiziție și nu clauzele contractului încheiat, Agenția nu poate reține raționamentul autorității contractante în acest sens, or, „per a contrario” verificarea corectitudinii acțiunilor autorităților contractante, în perioada de după atribuirea contractului, însă ce precedă încheierea contractului, nu ar putea face obiectul unei căi de atac în fața entităților naționale, fie în fața Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor, fie a instanțelor judecătorești, iar în acest mod nu ar fi asigurată respectarea art. 20 din Constituția Republicii Moldova.

Reieșind din cele expuse, în conformitate cu prevederile art. 80 alin. (1), art. 82, alin. (1), art. 86 alin. (2) lit. a), alin. (3), alin. (4) și alin. (9) din Legea nr. 131/2015, Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor,

d e c i d e:

1. Se admite contestația nr. 02/459/24 din 30.05.2024, depusă de către „LUSMECON” S.A. pe marginea procedurii de achiziție publică nr. MD-1700485919880 privind achiziția de „Lucrări de reparație a drumului R26 Bender – Căușeni – Cimișlia, km 23,821 – km 46,308 (Sectorul 1 : km 23,821 – km 31,20)”, inițiată de către Î.S. „Administrația de Stat a Drumurilor”;

2. Se obligă Î.S. „Administrația de Stat a Drumurilor”, ca măsură de remediere, să acționeze în vederea solicitării garanției de bună execuție a contractului conform propriilor cerințe din documentația de atribuire, publicată în cadrul procedurii de achiziție publică nr. MD-1700485919880, cu luarea în considerare a constatărilor din partea motivată a prezentei decizii;

3. Se obligă Î.S. „Administrația de Stat a Drumurilor”, în termen de 3 zile din data adoptării măsurilor de remediere dispuse prin prezenta decizie, să raporteze Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor cu privire la realizarea acestora, cu anexarea actelor confirmative în acest sens.

Decizia este obligatorie pentru părți. Decizia poate fi atacată în ordinea contenciosului administrativ la Judecătoria Chișinău, sediul Râșcani (mun. Chișinău, str. Kiev 3) în termen de 30 de zile de la data comunicării.

Președintele completului

Dorina GALAMAGA

Membru

Gheorghe GHIDORA

Membru

Eugenia ENI