

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr.23302/06.05.2021, formulată de ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ... și convențional prin Cabinet ..., împotriva solicitării de clarificări nr.1135/„29.05.2021”, emisă de ...S.A., cu sediul ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de furnizare având ca obiect **„Echipament de înregistrare Slow Motion inclusiv accesorii și Servicii de Training ...”**, s-a solicitat anularea înscrisului susmenționat și obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... S.R.L. critică solicitarea de clarificări nr.1135/29.05.2021, emisă de ...S.A., în calitate de entitatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de furnizare având ca obiect **„Echipament de înregistrare Slow Motion inclusiv accesorii și Servicii de Training ...”**, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... S.R.L. precizează că, prin adresa nr.1325/28.04.2021, entitatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la garanția de participare, în sensul de a prezenta un instrument de garantare emis de unul dintre emitenții de instrumente de garantare români acceptați, ce se regăsesc la adresa [...pd](#), solicitare la care a răspuns prin adresa nr.41958/28.04.2021, în care a precizat că potrivit notei din cadrul documentului, *„lista nu este exhaustivă, respectiv se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de ... în cadrul documentațiilor de atribuire postate în SEAP”*.

Contestatorul apreciază că prezentarea acestei liste în cadrul documentației de atribuire are ca efect restrângerea accesului la procedură, iar în cadrul procedurii de constituire a unei garanții, fie ea de participare, fie de bună execuție, riscul aparține în totalitate ofertantului.

Ulterior transmiterii răspunsului la solicitarea de clarificări și, fără să-l fi declarat ca neconcludent, entitatea contractantă a formulat o nouă solicitare de clarificare, având nr.1135/29.05.2021, ce face obiectul prezentei contestații.

Contestatorul apreciază că noua solicitare de clarificări încalcă documentația de atribuire având în vedere prevederile fișei de date, pct.III.1.6. și faptul că în cuprinsul documentației de atribuire nu există niciun fel de „criterii de eligibilitate comunicate de ...”.

Mai mult decât atât, se arată că entitatea contractantă avea inclusiv cunoștință despre un aviz conform condiționat emis de ANAP, în cadrul unui control ex ante al unei alte proceduri organizate de sucursala acesteia din Cernavodă, care viza aceleași cerințe privind garanția de participare (în plus și pe cele privind garanția de bună execuție).

Contestatorul redă, în continuare, recomandarea ANAP privind garanția de participare și garanția de bună execuție, concluzionând că entitatea contractantă alege și de această dată aceiași "tactică", încercând să limiteze accesul la prezenta procedură, contra propriei documentații și a dispozițiilor legale incidente, respectiv art. 164 și art.42 alin.5) din Legea nr.99/2016.

Pe de altă parte, contestatorul subliniază că înlocuirea asigurătorului, așa cum solicită entitatea contractantă, presupune o nouă poliță cu data actuală de emiterie. Așadar, valabilitatea acesteia nu ar putea să acopere perioada între data depunerii ofertei și data emiterii sale, fapt care ar conduce la inacceptabilitatea ofertei.

Totodată, contestatorul apreciază că, prin solicitarea de clarificări nr.1331/29.05.2021, au fost încălcate principiile nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și proporționalității, în susținerea celor prezentate invocând și considerente din jurisprudența CJUE în materie.

În cosecință, contestatorul apreciază că polița de asigurare seria M, nr. 000107385, emisă de ..., prin ...de asigurare, îndeplinește cerințele de conformitate cu documentația de atribuire și legalitate astfel cum s-a arătat prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 41701/09.04.2021, răspuns care nu a fost declarat neconcludent de către entitatea contractantă.

Față de cele menționate, contestatorul solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Ca temei de drept, se invocă prevederile Legii nr.99/2016, H.G. nr.394/2016.

În probațiune, au fost depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr...._AUTORITATI21-523/11.05.2021, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.24442/12.05.2021, ...S.A. a solicitat, pe cale de excepție, respingerea contestației, ca tardivă, iar, pe fondul cauzei, respingerea contestației, ca nefondată, cu consecința păstrării ca valide a documentelor emise.

Entitatea contractantă precizează că, în urma verificării garanției de participare depusă de ... S.R.L., comisia de evaluare a constatat că emitentul poliței depuse, respectiv Societatea de Asigurare-Reasigurare ..., nu îndeplinește cerința documentației de atribuire de a se regăsi pe "Lista emitenților eligibili acceptați de ...", publicată pe site-ul ... SA, conform Procedurii ..., cod. MR-00-01.02 - Acceptarea emitenților de instrumente de garantare și a instrumentelor de garantare.

Prin urmare, după cum se arată, în conformitate cu prevederile art. 138 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016, comisia de evaluare a solicitat ofertantului ... S.R.L., prin adresa nr.1325/28.04.2021, să transmită, în SICAP, cel târziu până la data de 05.05.2021, inclusiv, dovada constituirii garanției de participare în conformitate cu precizările din anunțul de participare simplificat, respectiv, printr-un instrument de garantare emis de unul dintre emitenții (societate bancară sau de asigurări) enumerați în lista indicată.

La data de 28.04.2021, ... S.R.L. a încărcat, după cum se arată, în SICAP, răspunsul la solicitarea de clarificări, semnat electronic, comunicând că nu este de acord cu solicitarea de clarificări având în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 42 alin. 5) lit. a și lit.b din H.G. nr. 394/2016:

1. Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune sau de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită societate bancară ori societate de asigurări, nominalizată în mod expres, în documentația de atribuire;

2. De a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări, astfel că publicarea listei emitenților de instrumente de garantare români acceptați de ... are ca efect restrângerea accesului la procedură.

3. În cadrul procedurii de constituire a garanțiilor (de participare sau bună execuție) riscul este exclusiv al operatorului economic întrucât, instrumentul de garantare are ca bază un bilet la ordin avalizat pentru întreaga valoare a garanției iar, în cazul în care ofertantul nu își respectă obligațiile față de autoritatea contractantă, societatea de asigurări execută Biletul la Ordin pus la dispoziție de către ofertant.

Ca urmare a acestui răspuns și ținând cont de prevederile procedurii interne a ... *"Acceptarea emitenților de instrumente de garantare și a instrumentelor de garantare"*, comisia de evaluare a decis, după cum se arată, transmiterea unei noi solicitări având nr.1135/29.05.2021, operatorului ... S.R.L. comunicându-i că, în

conformitate cu normele interne, polița de asigurare seria M, nr. 000109835 emisă de ..., prin ...de asigurare, nu poate fi acceptată, motiv pentru care s-a cerut prezentarea unui instrument de garantare, emis de unul dintre emitenții de instrumente de garantare români acceptați care se regăsesc la adresa pdf, în caz contrar, oferta urmând a fi declarată inacceptabilă.

Față de criticile contestatorului formulate cu privire la solicitarea de clarificări, entitatea contractantă apreciază că acestea vizează, în fapt, conținutul documentației de atribuire, care după publicarea în SEAP, și-a consolidat forța obligatorie în forma în care a fost elaborată, atât față de ofertanți, în etapa de elaborare a ofertelor, cât și față de comisia de evaluare, în etapa de evaluare a ofertelor.

Din această perspectivă, entitatea contractantă apreciază ca fiind tardivă contestația formulată de ... S.R.L. împotriva solicitării clarificări nr.1335/29.05.2021, prin acest demers, contestatorul încercând să dea o altă interpretare prevederilor inserate în fișa de date referitoare la forma și conținutul garanției de participare.

În susținerea excepției, entitatea contractantă invocă prevederile art. 8 alin. 1 lit.b), alin. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și practica Curții de Apel București.

Pe fondul cauzei, față de criticile formulate, entitatea contractantă susține că a respectat prevederile art.42 din H.G. nr.394/2016, în sensul că:

- Nu a nominalizat expres în documentația de atribuire o anume bancă sau o anume societate de asigurări pe care să o impună sau să o interzică ofertanților;

- Nu a impus ofertanților să prezinte garanții emise doar de bănci sau emise doar de societăți de asigurare (nu a limitat numai la una dintre cele 2 forme);

- A asigurat totală transparență în cadrul procesului, precum și tratamentul egal, sens în care a inclus în documentația de atribuire toate informațiile necesare ofertanților pentru participarea la procedură.

Astfel, susține entitatea contractantă, în vederea respectării principiului transparenței, a publicat pe site-ul propriu o listă a emitenților de instrumente de garantare deja verificați și acceptați de către compartimentul de management al riscurilor, precizând totodată că lista nu este exhaustivă, respectiv, se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de ... în cadrul documentațiilor de atribuire postate în SEAP.

Astfel, se precizează că, lista publicată de către ... este una pur consultativă și nu creează nicio obligativitate pentru ofertanți în ceea ce privește alegerea emitenților de garanție sau asigurări menționați.

În plus, entitatea contractantă apreciază că toate afirmațiile și criticile contestatorului cu privire la nerespectarea legislației din domeniul achizițiilor sectoriale și/sau la încălcarea principiilor care

guvernează acest domeniu, sunt pur speculative, bazându-se pe presupuneri, neavând la baza un suport real.

Entitatea contractantă subliniază că evaluarea ofertelor a fost obiectivă și a respectat toate prevederile legale prevăzute la art.2, art.3 lit.s), art.82 lit.i), art.209, art.210, art.62, art.63 din Legea nr. 99/2016.

De asemenea, precizează că avizul conform condiționat la care face referire contestatorul nu face obiectul procedurii contestate, având doar caracter de corespondență, nefiind transmis de către niciunul dintre membrii comisiei de evaluare și nici prin intermediul SICAP, așa cum este prevăzut în documentația de atribuire (pc. Iv.4.3. punctul 8 din Fișa de date).

În drept, se invocă prevederile art.18 alin.4 din Legea nr.99/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri aflate la dosarul achiziției publice.

Cu adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.24482/12.05.2021, ... S.R.L. a depus concluzii scrise, prin care a solicitat respingerea excepției tardivității contestației invocată de entitatea contractantă, având în vedere faptul că, în opinia sa, cerința documentației de atribuire privind modalitatea de constituire a garanției de participare este legală, întrucât face trimitere la o listă non-exhaustivă a emitenților.

În consecință, neavând critici cu privire la documentația de atribuire, contestatorul precizează că a depus oferta cu respectarea prevederilor acesteia, constituind garanția de participare printr-o poliță emisă de ... SA.

Față de dispozițiile art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității contestației, invocată de entitatea contractantă, excepție pe care o va respinge, din următoarele considerente:

Din argumentarea excepției invocate, rezultă că entitatea contractantă apreciază ca tardivă contestația din considerentul că ar viza documentația de atribuire.

Contrar susținerilor autorității contractante, Consiliul constată că, așa cum apare explicit indicat în petitul contestației, demersul de contestare este îndreptat împotriva solicitării de clarificări nr.1135/29.04.2021 (iar nu din 29.05.2021 cum indică contestatorul), act atacat ce se solicită a fi anulat.

În considerarea principiului disponibilității, conform căruia contestatorul este cel care stabilește actele atacate și, pe cale de consecință, examinate de Consiliul, organismul-administrativ jurisdicțional va proceda, așadar, la analiza legalitatea actului atacat prin prisma criticilor formulate.

Efectuând verificări spre a stabili dacă prezentul demers a fost promovat în termenul legal față de actul atacat, Consiliul reține că ... S.R.L. a luat cunoștință despre solicitarea de clarificări atacată la data

de 29.04.2021, astfel că incidente sunt dispozițiile art.8 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016, având în vedere tipul contractului care se va încheia (contract de furnizare) și valoarea estimată a acestuia (48.000 euro – 233.904 lei), mai mică decât pragul valoric prevăzut la art.12 alin.1 lit.a din Legea nr.99/2016.

Calculând termenul în care contestația trebuia depusă, cu luarea în considerare a dispozițiilor art.5 din Legea nr.101/2016, Consiliul constată că ... S.R.L. a depus contestația în ultima zi a termenului legal de 7 zile, care s-a împlinit la data de 06.05.2021.

Astfel fiind, demersul de față al contestatorului nu este unul tardiv, cum consideră autoritatea contractantă, ci unul promovat în termenul legal față de actul a cărui anulare se urmărește a fi obținută.

Evident că în situația în care se va constata că anumite critici din contestație sunt tardive întrucât ar viza documentația de atribuire, respingerea excepției tardivității nu va împiedica respingerea acelor critici ca atare.

Pe fondul cauzei, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

...S.A., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului de furnizare având ca obiect **„Echipament de înregistrare Slow Motion inclusiv accesorii și Servicii de Training ...”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr.../07.04.2021.

Valoarea estimată a contractului este de 48.000,00 euro (233.904 lei), fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*.

Conform Declarației de participare publicată de SEAP, în cadrul procedurii a fost depusă o singură ofertă, respectiv de către contestatorul ... S.R.L.

Împotriva solicitării de clarificări nr.1135/29.04.2021, ... S.R.L. a depus contestația de față, consemnând cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

... S.R.L. critică solicitarea de clarificări nr.1135/29.04.2021 susținând că a fost întocmită cu încălcarea documentației de atribuire, în contextul în care conține cererea de schimbare a emitentului instrumentului de constituire a garanției de participare.

În analiza temeiniciei susținerilor contestatorului, Consiliul reține că, la cap.III.1.6) – *„Depozite și garanții solicitate”* din fișa de date, se regăsesc următoarele prevederi cu relevanță în soluționare:

„(...) garanția de participare trebuie să fie irevocabilă și se poate constitui prin: virament bancar în contul entității contractante sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau un alt stat sau de o societate de asigurări în condițiile legii. (...)

La data prezentei, emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la adresa ... (...)"

La adresa indicată de autoritatea contractantă, se regăsește un înscris în care apar evidențiați mai mulți posibili emitenți ai instrumentelor de garantare, însoțită și de Nota având conținutul:

„Lista nu este exhaustivă, respectiv se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de ... în cadrul documentațiilor de atribuire postate în SEAP.

... revizuieste periodic încadrarea emitenților de instrumente de garantare în regulile de prudențialitate ale ... și revizuieste, de regulă anual, regulile de prudențialitate.”

În etapa ulterioară vizualizării ofertelor depuse, entitatea contractantă a transmis contestatorului adresa obiect al contestației, având următorul conținut:

„(...), vă aducem la cunoștință că, în conformitate cu normele interne ale Nuclearelectrica, polița de asigurare seria M nr.000109835 emisă de ..., prin Safty Broker de asigurare nu poate fi acceptată.

De aceea, avem rugămintea ca în termen de 3 zile lucrătoare de la data prezentei să prezentați un instrument de garantare emis de unul dintre emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la data de ..., în caz contrar oferta dumneavoastră va fi declarată inacceptabilă.”

Reține Consiliul că, ... S.R.L. a constituit garanția de participare prin Polița de asigurare seria M nr.00109835, din data de 27.04.2021, emisă de ... S.A., care a și parafat respectiva poliță.

Problema în discuție, după cum rezultă din susținerile părților, este legată exclusiv de emitentul instrumentului prin care s-a constituit garanția de participare de către contestator, anume de o societate de asigurare care nu se află pe lista cu societățile agreeate de entitatea contractantă, postată la adresa la care aceasta a făcut trimitere în fișa de date a achiziției.

În contextul în care contestatorul susține că a constituit garanția de participare cu respectarea documentației de atribuire, iar entitatea contractantă susține contrariul, Consiliului îi revine sarcina de a stabili relevanța instrumentului de constituire a garanției de participare depus de contestator, prin raportare la documentația de atribuire.

Astfel, analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul observă că, într-adevăr, entitatea contractantă a înțeles să pună la dispoziția ofertanților o listă în care a evidențiat societățile de asigurări emitente a instrumentelor de garantare agreeate de aceasta.

La momentul de față nu se poate pune în discuție legalitatea includerii în documentația de atribuire a listei menționată, fiind evident o critică referitoare la documentația de atribuire și, deci, tardivă, ci se poate verifica doar dacă contestatorul a acționat cu respectarea ei.

Deși a procedat la nivelul documentației de atribuire de maniera arătată, Consiliul constată că entitatea contractantă a înțeles să includă în cadrul listei menționată Nota în care a precizat că „lista nu

este exhaustivă, respectiv se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de ... în cadrul documentațiilor de atribuire postate în SEAP.”

În cadrul documentației de atribuire nu se identifică criteriile de eligibilitate care trebuie să fie îndeplinite de emitenții care nu se regăsesc evidențiați în cadrul listei și nici entitatea contractantă nu indică unde s-ar regăsi acestea.

De asemenea, entitatea contractantă însăși susține în cadrul punctului de vedere referitor la contestație, că lista este una pur consultativă și nu creează nicio obligativitate în ceea ce privește alegerea emitenților de garanție sau asigurări menționați.

În acest context, în care nu se poate reține că lista la care face trimitere fișa de date este una limitativă, aspect susținut și de entitatea contractantă, Consiliul constată că nu se identifică niciun motiv pentru care instrumentul de garantare depus de contestator să nu fie primit.

Pe de altă parte, dispozițiile art.41 alin.1 din H.G. nr.394/2016, prevăd următoarele:

*„(1) **Garanția de participare** reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei care **are drept scop protejarea entității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător** al ofertantului pe perioada implicării sale în procedura de atribuire.”,*

or entitatea contractantă nu indică nici din această perspectivă de ce anume instrumentul de garantare depus de contestator nu este apt a satisface scopului pentru care este solicitat.

Este adevărat că ofertanților le revine obligația de a întocmi ofertele cu respectarea documentației de atribuire, însă tot la fel de adevărat este că aceeași obligație, de respectare a documentației de atribuire, revine și entității contractante în etapa de evaluare, însă, ceea ce invocă acesta este, în fapt, un aspect lipsit de orice suport în documentația de atribuire și prevederile legale incidente.

Mai mult, însăși entitatea contractantă înțelege să se deszică de obligativitatea listei în discuție, susținând că este una consultativă.

Relevante sunt și dispozițiile art.42 alin.5 din H.G. nr.394/2016, potrivit cu care:

*„(5) **Entitatea contractantă nu are dreptul:***

a) de a impune sau interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită societate bancară ori societate de asigurări, nominalizată în mod expres în documentația de atribuire, (...).”

Ori, în speța de față entitatea contractantă adoptă tocmai un comportament interzis explicit de textul enunțat, respectiv refuză un instrument de garantare emis de o societate de asigurări din considerentul că nu s-ar afla printre cele indicate în documentația de atribuire.

Demersul entității contractante nu este susținut nici chiar de dispozițiile art.138 alin.3 din H.G. nr.394/2016, la care entitatea contractantă arată că a făcut apel cu ocazia transmiterii solicitării de clarificări, potrivit cu care:

*„(3) În condițiile art.228 alin.4 din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, **privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia**, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.”*

Instrumentul de garantare depus de contestator nu se regăsește în niciuna dintre ipotezele vizate de textul legal menționat, ceea ce dorește entitatea contractantă să obțină fiind un instrument de garantare emis de o entitate indicată de ea în documentația de atribuire, ceea ce, după cum s-a arătat, corespunde unei comportament prohibit de lege.

De altfel, entitatea contractantă însăși se limitează la a invoca articolul menționat fără a indica ipoteza în care contestatorul s-ar regăsi.

În atare situație, Consiliul determină că transmiterea adresei nr.1135/29.04.2021 este un demers care încalcă documentația de atribuire, după cum corect susține contestatorul, dar și legislația din materia achizițiilor publice, criticile acestuia fiind întemeiate.

Având în vedere considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula solicitarea de clarificări nr.1135/29.04.2021.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, va fi admisă, în temeiul alin.9 al aceluiași articol, entitatea contractantă urmând să plătească contestatorului ... S.R.L. suma de 1.785 lei, reprezentând onorariu de avocat, conform facturii nr.249/05.05.2021, achitată prin serviciul de internet-banking al BCR.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de ...S.A.

Admite contestația depusă ... S.R.L, în contradictoriu cu ...S.A., anulează solicitarea de clarificări nr.1135/29.04.2021.

Obligă ...S.A. la plata către ... S.R.L. a sumei de 1.785 lei, cu titlu de cheltuieli ocazionate de soluționarea contestației.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

...