



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ../C7/...

Data:

Prin contestația fără număr la emitent și nedată, înregistrată la CNSC cu nr. 1682/12.01.2022, formulată de către ...SRL, cu sediul în ../, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 81/04.01.2022 de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*Achiziționare de echipamente și tehnologii menite să prevină și să reducă impactul negativ asupra mediului pentru stația de epurare ape uzate din localitatea ...*”, se solicită admiterea contestației, anularea adresei nr. 81/04.01.2022 de comunicare a rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare a ofertelor, dispunerea măsurilor de remediere care să permită continuarea legală a procedurii și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, reprezentând onorariu de avocat.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ...SRL critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca fiind inacceptabilă, întrucât a fost depusă garanția de participare emisă de către ... SA și nu de către o instituție bancară.

Contestatorul arată că, în urma analizei conținutului secțiunii „Documente de calificare”, comisia de evaluare a apreciat că oferta sa este inacceptabilă, motivând faptul că garanția de participare depusă nu

îndeplinește cerințele legale, fiind constituită printr-o scrisoare de garanție emisă de către o instituție financiară nebancară, respectiv ... SA.

În motivare, comisia de evaluare indică dispozițiile art. 36 alin. (1) și alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 și menționează - punând accent chiar - pe o presupusă interdicție legislativă pentru autoritatea contractantă de a accepta prezentarea unui instrument de garantare emis de o instituție de credit nebancară.

Contestatorul susține că decizia autorității contractante este nelegală, pentru următoarele considerente:

1. Autoritatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă în baza unor dispoziții legale care nu mai sunt în vigoare, prevederile art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 fiind modificate prin HG nr. 419/2018.

Astfel, autoritatea contractantă invoca dispozițiile art. 36 alin. (1) și alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 în forma inițială, care menționa faptul că garanția de participare trebuia constituită prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de „o societate bancară”.

Însă, prin modificările aduse prin HG nr. 419/2018, legiuitorul a eliminat noțiunea de „societate bancară” înlocuind-o cu „instituție de credit”, tocmai pentru a cuprinde în această sferă orice instituție acreditată care în condițiile legale să poată constitui astfel de garanții.

Astfel, în textul de lege nemodificat dispozițiile prevedeau:

„Art. 36 (1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care nu se află în situații speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condițiile legii”.

Iar, modificările aduse de H.G. nr. 419/2018, garanția de participare poate fi constituită și emisă de către o instituție de credit:

„Art. 36 (1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii”.

(la data 18-iun-2018 Art. 36, alin. (1) din capitolul II, secțiunea 4, subsecțiunea 4 modificat de Art. V, punctul 33. din H.G. nr. 419/2018)

Astfel, contestatorul susține că garanția de participare poate fi constituită prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România.

2. Garanția de participare depusă de ...SRL și constituită printr-o scrisoare de garanție bancară emisă de către ... SA îndeplinește condițiile cerute de lege, fiind conformă.

Contestatorul consideră că garanția sa de participare, constituită printr-o scrisoare de garanție bancară emisă de către ... SA este conformă, având în vedere următoarele considerente:

- ... SA este autorizată de Banca Națională a României și înscrisă în Registrul General sub nr. RG-PJR-41-110104/2007;

- ... SA este o instituție de credit acreditată de Banca Națională a României;

- ... SA este o instituție care îndeplinește condițiile de fond și de formă pentru emiterea scrisorilor de garanție;
- ... SA deține și rating-ul BBB.

Conform dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 93/2009, IFN-urile sunt definite ca *"entități ce desfășoară activități de creditare cu titlu profesional în condițiile stabilite de prezenta lege"*.

Dispozițiile art. 14 alin. (1) lit. c) din Legea 93/2009 prevăd că printre activitățile de creditare se enumeră și *"emiterea de garanții, asumarea de angajamente de garantare, [...]"*.

-Legea nr. 93/2009 reglementează cadrul general de funcționare și emitere a scrisorilor de garanție de către IFN-uri, care, pentru a servi în mod legal scopului avut în vedere de legiuitor, trebuie *"să se desfășoare cu respectarea prevederilor legale referitoare la protecția consumatorului și să fie consemnate în documente contractuale din care să rezulte clar toți termenii și toate condițiile respectivelor tranzacții. Aceste documente trebuie păstrate de instituția financiară nebanară și puse la dispoziția personalului împuternicit al Băncii Naționale a României, la cererea acestuia"* (art. 51 alin. 1 din Legea nr. 93/2009).

Totodată, contestatorul precizează că IFN-urile sunt entități abilitate să emită și să utilizeze instrumente financiare, respectiv scrisori de garanție, care produc efectele juridice prevăzute de legislația specifică acestora, inclusiv în sfera achizițiilor publice pentru contracte, iar orice refuz de recunoaștere a efectelor juridice ale acestora reprezintă o încălcare flagrantă a normelor legale în vigoare, aplicabile în materie.

Contestatorul învederează și opinia Agenției Naționale pentru Achiziții Publice care prevede faptul că scrisorile de garanție emise de IFN-uri - instituții financiare nebanare - sunt conforme, expusă prin adresa nr. 13932/04.08.2021.

În concluzie, ...SRL apreciază că a depus în cadrul documentației pentru atribuirea contractului de achiziție publică o garanție de participare care îndeplinește cerințele legale.

Prin adresa nr. 498/17.01.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 2842/18.01.2022, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ...SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată, pentru considerentele mai jos prezentate.

Autoritatea contractantă precizează faptul că ...SRL a depus oferta în termenul prevăzut în invitația de participare, respectiv 03.01.2022, ora 15:00 și scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. 2021123010NE emisă de ... SA, din data de 15.12.2021, pentru suma de 8.000 lei și valabilă până la 14.04.2022.

Având în vedere prevederile art. 36 alin. (1), (5) și (6) din H.G. nr. 395/2016 coroborate cu prevederile art. 3 din OUG nr. 99/2006, comisia de evaluare a apreciat că scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. 2021123010NE din data de 15.12.2021 emisă de ... SA nu este un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în conformitate cu prevedere art.

36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2006 și astfel a declarat inacceptabilă oferta depusă de către ...SRL.

Față de cele mai sus prezentate, ... solicită CNSC respingerea contestației ca nefondată, menținerea deciziilor și a tuturor actelor subsecvente întocmite de către aceasta.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Achiziționare de echipamente și tehnologii menite să prevină și să reducă impactul negativ asupra mediului pentru stația de epurare ape uzate din localitatea ...”*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Potrivit celor precizate în cuprinsul anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*, iar valoarea estimată a contractului de achiziție publică este de 1.081.730,19 lei fără TVA.

În cuprinsul *Procesul-verbal nr. 1 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc*, înregistrat cu nr. 42/03.01.2022, s-a menționat faptul că la procedura de atribuire s-au depus 4 oferte, printre acestea fiind și cea depusă de societatea contestatoare ...SRL. În cuprinsul procesului-verbal amintit s-a consemnat și faptul că oferta depusă de ...SRL. a fost respinsă ca inacceptabilă/neconformă.

Comunicarea rezultatului procedurii a fost transmisă de autoritatea contractantă prin intermediul adresei nr. 81/04.01.2022.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Analizând criticile formulate de societatea contestatoare, Consiliul constată că aceasta vizează aspecte legate de rezultatul procedurii de achiziție publică, respectiv cu privire la modalitatea de evaluare de către autoritatea contractantă a ofertei depuse de autoarea contestației. Se are în vedere că motivul invocat de autoritatea contractantă, care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de ...SRL. s-a bazat pe faptul că garanția de participare depusă nu îndeplinește cerințele legale, fiind constituită printr-o scrisoare de garanție emisă de către o instituție financiară nebankară, respectiv ... SA.

Argumentele aduse de autoarea contestației în favoarea faptului că decizia achizitoare este netemeinică se bazează pe următoarele aspecte:

- *autoritatea contractanta a respins oferta subscrisei ca inacceptabila in baza unor dispoziții legale care nu mai sunt in vigoare, prevederile art. 36, alin. 1 din HG nr. 395/2016 fiind modificate prin Hotărârea 419 din 18.06.2018;*

- *astfel, autoritatea contractanta invoca dispozițiile art. 36, alin. 1 si alin 5 din HG nr. 395/2016 in forma inițială, care menționa faptul ca garanția de participare trebuia constituita prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis in condițiile legii de „o societate bancara”;*

- *or, prin modificările aduse prin Hotărârea 419/2018, legiuitorul a eliminat noțiunea de „societate bancara” înlocuind-o cu „instituție de credit”, tocmai pentru a cuprinde in aceasta sfera orice instituție acreditata care in condițiile legale sa poată constitui astfel de garanții.*

Autoarea contestației a adăugat că din economia dispozițiilor legale astfel cum au fost modificate rezultă faptul că garanția de participare poate fi constituita prin *virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România*, iar garanția de participare depusa de ...SRL și constituita printr-o scrisoare de garanție bancară emisă de către ... SA îndeplinește condițiile cerute de lege.

În replică la cele reclamate de contestatoare, autoritatea contractantă precizează că membrii comisiei de evaluare au apreciat ca scrisoarea de garanție de participare emisă de ... S.A. nu este un instrument de garantare emis de o instituție de credit din Romania sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

Așadar problema care se impune a fi dezlegată de Consiliu vizează încadrarea/neîncadrarea *instituțiilor financiare nebankare*, emitente a instrumentelor de garantare, în categoria celor prevăzute de dispozițiile legale incidente, art. 36 alin. (1) din H.G. 395/2016.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor reclamate de contestatoarea ...SRL., Consiliul găsește util expunerea câtorva elemente din cadrul documentației de atribuire, precum și din cadrul legislativ incident, menite să înlăesnească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea.

Referințe vizavi de modul de constituire a garanției de participare solicitată se regăsesc în cuprinsul fișei de date a achiziției, la secțiunea dedicată *III.1.6) Depozite valorice si garanții solicitate: **III.1.6.a) „Garanție de participare:***

Ofertantul va constitui garanția de participare în cuantum de 8.000 lei.

Perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei, respectiv 120 de zile la data limita de depunere a ofertei stabilită prin anunțul de participare publicat în SEAP.

Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În cazul viramentului bancar, plata se va realiza în contul Contul ... : RO39TREZ6415006XXX000160 deschis la Trezoreria ... cod fiscal Documentul de plată va fi încărcat în SEAP, semnat cu semnătură electronică, până la data limită de depunere a ofertelor.

În cazul utilizării unui instrument de garantare, dovada constituirii garanției de participare semnată cu semnătură electronică, se va încărca în SEAP, până cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

După această dată, autoritatea contractantă solicită în temeiul art. 134 din HG nr. 395/2016 clarificări în scopul prezentării în original a documentului privind garanția de participare, în cazul în care acesta face parte din categoria documentelor cu regim special a căror valabilitate este condiționată de prezentarea în forma originală.

În cazul participării în comun la procedura de atribuire, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar toți membrii grupului de operatori economici.

Garanția de participare emisă în altă limbă se va încărca în SEAP, însoțită de traducerea autorizată în limba română, urmând ca ulterior, la solicitarea autorității contractante să fie prezentată în forma originală emisă în statul de reședință."

Sunt relevante în cauză, următoarele dispoziții legale incidente din H.G. nr. 395/2016:

- art. 35:

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

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare.

(3) Anunțul de participare/simplificat/de concurs trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare:

a) valoarea, ce nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent;

b) perioada de valabilitate care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire.

- art. 36:

(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau **printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.**

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) Autoritatea contractantă nu are dreptul:

a) 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;

b) 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.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (1), în cazul în care valoarea garanției de participare este mai mică de 5.000 lei și numai dacă în documentația de atribuire este prevăzută această posibilitate, garanția de participare se poate constitui și prin depunerea la casieria autorității contractante a unei sume în numerar. "

Din economia dispozițiilor legale mai sus redată rezultă intenția legiuitorului de a accepta ca instrumentele de garantare să fie

emise/eliberate de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, aspect reținut și de autoarea contestației.

Procedând la verificarea garanției de participare depusă de ...SRL., Consiliul reține că acesta a depus în cuprinsul ofertei sale *"Scrisoare de garanție de participare la licitație"* nr. 202112301ONE din 15.12.2021, emisă de către ... S.A., autorizată de Banca Națională a României și înscrisă în Registrul General sub nr. RG-PJR-41-110104/2007, toate aceste mențiuni fiind precizate în cuprinsul respectivei scrisori de garanție.

Argumentele aduse de contestatoare în favoarea faptului că instrumentul de garantare depus, reclamat, se înscrie în rigorile legii, se bazează pe faptul că, autoritatea contractanta a invocat dispozițiile art. 36, alin. (1) și alin (5) din H.G. nr. 395/2016 *în forma inițială*, care menționau faptul că garanția de participare trebuia constituită prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de *„o societate bancară”*.

Or, prin modificările aduse prin Hotărârea nr. 419/2018, legiuitorul a eliminat noțiunea de *„societate bancară”* înlocuind-o cu *„instituție de credit”*, tocmai pentru a cuprinde în această sferă orice instituție acreditată care în condițiile legale să poată constitui astfel de garanții.

Concluzia contestatoarei este aceea că, garanția de participare depusă de ...SRL și constituită printr-o scrisoare de garanție bancară emisă de către ... SA îndeplinește condițiile cerute de lege, fiind conformă, ... SA fiind o instituție care îndeplinește condițiile de fond și de formă pentru emiterea scrisorilor de garanție.

Consiliul reține temeinicia susținerilor autorității contractante, potrivit căreia, instituțiile de credit sunt reglementate prin O.U.G. nr. 99/2006 - *Privind instituțiile de credit*, fiind prevăzute în această categorie în mod limitativ conform prevederilor art. 3, următoarele categorii de instituții:

- a) *bănci;*
- b) *organizații cooperatiste de credit;*
- c) *bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;*
- d) *bănci de credit ipotecar.*

instituțiile financiare nebancare nu intra în niciuna dintre aceste patru categorii.

Dispozițiile antemenționate prevăd în mod expres categoriile de instituții acceptate în accepțiunea noțiunii de **instituție de credit**, definită și reglementată de *O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului*. Prezenta ordonanță de urgență reglementează, astfel cum este prevăzut la art. 1 următoarele:

a) condițiile de acces la activitate pentru *instituțiile de credit și de desfășurare a acestora pe teritoriul României;*

b) competențele și instrumentele pentru supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și, respectiv, a societăților de servicii de investiții financiare;

c) supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și, respectiv, a societăților de servicii de investiții financiare, într-o manieră care să corespundă cu regulile stabilite în Regulamentul (UE) nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și firmele de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012;

d) cerințele de publicare pentru Banca Națională a României în domeniul reglementării și supravegherii prudențiale a instituțiilor de credit, respectiv cerințele de publicare pentru Autoritatea de Supraveghere Financiară în domeniul reglementării și supravegherii prudențiale a firmelor de investiții;

e) «abrogat»

f) supravegherea sistemelor de plăți și a sistemelor de decontare a operațiunilor cu instrumente financiare.

(2) Prezenta ordonanță de urgență se aplică *instituțiilor de credit*, persoane juridice române, inclusiv sucursalelor din străinătate ale acestora și instituțiilor de credit din alte state membre, respectiv din state terțe, în ceea ce privește activitatea acestora desfășurată în România.

(...)

Art. 3. - **Instituțiile de credit**, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa cu respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în Partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:

a) bănci;

b) organizații cooperatiste de credit;

c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;

d) bănci de credit ipotecar;

e) «abrogat» instituții emitente de monedă electronică.

(...)

Secțiunea a 2-a

Definiții

Art. 7. - (1) În înțelesul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

(1¹) În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile: ***instituție de credit***, firmă de investiții, întreprindere de asigurare, întreprindere de reasigurare, întreprindere-mamă, filială, sucursală, întreprindere prestatoare de servicii auxiliare, societate de administrare a activelor, societate financiară holding, societate financiară holding mixtă, societate holding cu activitate mixtă, instituție financiară, instituție-mamă dintr-un stat membru, instituție-mamă din Uniunea Europeană, societate financiară holding-mamă dintr-un stat membru, societate financiară holding-mamă din Uniunea Europeană, societate financiară holding mixtă-mamă dintr-un stat membru, societate financiară holding mixtă-mamă din Uniunea Europeană, participație, deținere calificată, control, legături strânse, autoritate competentă, supraveghetor consolidant, autorizație, stat membru de origine, stat membru gazdă, bănci centrale din cadrul Sistemului European al Băncilor Centrale, bănci centrale și instrument financiar au *înțelesul prevăzut la art. 4 alin. (1) din Regulamentul (UE) nr. 575/2013*.

Iar Regulamentul (UE) nr. 575/2013 prevede la art. 4 alin. (1):

1) În sensul prezentului regulament, se aplică următoarele definiții:

1. „Instituție de credit” înseamnă o întreprindere a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu;

2. „firmă de investiții” înseamnă o persoană astfel cum este definită la articolul 4 alineatul (1) punctul 1 din Directiva 2004/39/CE, care intră sub incidența cerințelor prevăzute în directiva menționată, excluzând:

(a) instituțiile de credit;

(b) firmele locale;

(c) firmele care nu sunt autorizate să presteze serviciile auxiliare menționate în secțiunea B punctul 1 din anexa I la Directiva 2004/39/CE care prestează numai unul sau mai multe dintre serviciile de investiții și activitățile menționate în secțiunea A punctele 1, 2, 4 și 5 din anexa I la directiva menționată și care nu au voie să dețină bani sau titluri de valoare aparținând clienților și care, din acest motiv, nu pot deveni în niciun moment debitoare față de respectivii clienți.

3. „instituție” înseamnă o instituție de credit sau o firmă de investiții;

4. „firmă locală” înseamnă o firmă care tranzacționează în cont propriu pe piețe de contracte futures financiare sau de opțiuni ori de alte instrumente derivate și pe piețe monetare având ca scop unic acoperirea pozițiilor luate pe piețele de instrumente financiare derivate, sau care tranzacționează pentru contul altor membri de pe acele piețe și care beneficiază de garanții din partea membrilor compensatori ai acelorași piețe, atunci când responsabilitatea asigurării executării contractelor încheiate de o astfel de firmă este asumată de membrii compensatori de pe aceleași piețe;

5. „întreprindere de asigurare” înseamnă o întreprindere de asigurare astfel cum este definită la articolul 13 punctul 1 din Directiva 2009/138/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009 privind accesul la activitate și desfășurarea activității de asigurare și de reasigurare (Solvabilitate II) (20);

(...)."

În mod similar, instituțiile financiare nebancare sunt reglementate în mod distinct, (beneficiind de un regim juridic separat) de dispozițiile **Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare**, fiind relevante următoarele dispoziții:

- **Art. 1.** - (1) Prezenta lege reglementează condițiile minime de acces la activitatea de creditare și desfășurarea acesteia pe teritoriul României, prin instituțiile financiare nebancare, în scopul asigurării și al menținerii stabilității financiare.

(2) Prevederile prezentei legi se aplică în mod corespunzător și sucursalelor din România ale instituțiilor financiare având sediul în străinătate.

- **Art. 2.** - (1) Activitatea de creditare se desfășoară cu titlu profesional prin instituții de credit și prin instituțiile financiare prevăzute la secțiunea a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu dispozițiile actului normativ sus-menționat, prin prestatori de servicii de plată care acordă credite legate de serviciile de plată, în conformitate cu dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare, precum și prin instituții financiare nebancare, în condițiile stabilite prin prezenta lege, prin legile speciale care le reglementează activitatea și prin reglementările emise de Banca Națională a României în aplicarea prezentei legi.

- **Art. 14** din Secțiunea 5 -"Activități permise" :

(1) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele **activități de creditare**:

a) acordare de credite, incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare;

b) leasing financiar;

c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare;

d) acordare de credite cu primire de bunuri în gaj, respectiv amanetare prin case de amanet;

e) acordare de credite către membrii asociațiilor fără scop patrimonial organizate pe baza liberului consimțământ al salariaților/pensionarilor, în vederea sprijinirii prin împrumuturi financiare a membrilor lor de către aceste entități, organizate sub forma juridică a caselor de ajutor reciproc;

f) alte forme de finanțare de natura creditului.

(2) În cadrul derulării activității de creditare, instituțiile financiare nebancare pot presta servicii de emitere și administrare de carduri de credit pentru clienți, altele decât cele care intră sub incidența prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare, și pot desfășura activități legate de procesarea tranzacțiilor cu acestea, cu respectarea reglementărilor în domeniu.

(3) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura activități conexe și auxiliare legate de realizarea activităților de creditare sau de funcționarea entității.

(4) În măsura în care activitățile avute în vedere se circumscriu activităților de creditare înscrise în obiectul de activitate al instituției financiare nebancare, aceasta poate efectua operațiuni în mandat și poate presta servicii de consultanță.

(5) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot efectua și operațiuni de schimb valutar aferente activităților permise, cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de reglementările în materie.

(6) Instituțiile financiare nebancare pot administra fonduri publice acordate drept fonduri pentru microcredite de agențiile guvernamentale, cu respectarea condițiilor prevăzute de Ordonanța Guvernului nr. 40/2000 privind acreditarea agențiilor de credit în vederea administrării fondurilor pentru acordarea de microcredite, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 376/2002, cu modificările și completările ulterioare.

(7) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul de evidență pot desfășura și activitățile prevăzute de legislația specială care le reglementează activitatea, precum și activitățile auxiliare legate de realizarea acestora.

(8) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot efectua în relație cu entitățile din cadrul grupului operațiuni nefinanciare în mandat sau de comision aferente activităților necesare susținerii funcționării respectivelor entități.

(9) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot presta servicii de plată și pot acorda credite legate de activitatea de plată, în conformitate cu prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare. Acest tip de credite nu intră sub incidența prezentei legi. "

Așadar din dispozițiile legale amintite reiese intenția legiuitorului cu privire la cele două instituții, respectiv instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancare, actul normativ de reglementare privind instituțiile financiare nebancare are un obiect diferit de cel reglementat de O.U.G. nr. 99/2006, reglementând activitățile de creditare care pot fi desfășurate de instituțiile financiare nebancare, printre acestea fiind și acordarea de credite (incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare) și emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare.

Cu alte cuvinte instituția financiară nebancară nu se confundă cu instituția de credit, fiind organisme/entități/întreprinderi reglementate în mod distinct și având domenii de aplicare diferite.

Chiar dacă în legislația aplicabilă domeniul care reglementează achizițiile publice nu este definit termenul de *instituție de credit*, având în vedere faptul că, potrivit dispozițiilor legale mai sus redate, sunt prevăzute în mod expres instituțiile acceptate în vedere emiterii instrumentelor de garantare, Consiliul apreciază că, din coroborarea tuturor dispozițiilor legale anterior redate, rezultă că înțelegerea instituțiilor de credit este cea reglementată de dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006.

Contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice.

Societatea contestatoare aduce ca argumente în netemeinicia deciziei adoptate de achizitoare faptul că:

- ... SA este autorizată de Banca Națională a României și înscrisă în Registrul General sub nr. RG-PJR-41-110104/2007, ... SA - deține și rating-ul BBB, iar conform dispozițiilor art. 5, alin. 1, lit. c) din Legea nr. 93/2009;

- IFN -urile sunt definite ca: „entități ce desfășoară activități de creditare cu titlu profesional în condițiile stabilite de prezenta lege”;

- dispozițiile art. 14 alin. 1, lit. c) din Legea 93/2009 prevăd ca printre activitățile de creditare se enumera și „emiterea de garanții, asumarea de angajamente de garantare, [...]”;

- Legea nr. 93/2009 reglementează cadrul general de funcționare și emitere a scrisorilor de garanție de către IFN-uri, care, pentru a servi în mod legal scopului avut în vedere de legiuitor, trebuie „să se desfășoare cu respectarea prevederilor legale referitoare la protecția consumatorului și să fie consemnate în documente contractuale din care să rezulte clar toți termenii și toate condițiile respectivelor tranzacții. Aceste documente trebuie păstrate de instituția financiară nebancară și puse la dispoziția personalului împuternicit al Băncii Naționale a României, la cererea acestuia” (art.51 alin. 1 din Legea nr.93/2009),

rezultând astfel, în opinia acesteia că, ... SA este o instituție de credit acreditată de Banca Națională a României și că IFN-urile sunt entități abilitate să emită și să utilizeze instrumente financiare, respectiv scrisori

de garanție, care produc efectele juridice prevăzute de legislația specifică acestora, inclusiv în sfera achizițiilor publice.

Argumentele aduse de contestatoare mai sus reținute, vizavi de modul de constituire și funcționare a ... SA nu pot fi primite ca fiind relevante în soluționare, fiind important de reținut că din economia celor precizate de dispozițiile *O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului* (art.1 – art. 6), respectiv faptul că în ceea ce privește înscrierea instituțiilor financiare nebancare în Registrul General de Instituții Financiare Nebancare al BNR, aceasta nu poate fi relevantă, întrucât potrivit Legii nr. 93/2009, aceasta nu reprezintă decât o condiție de funcționare a acestor tipuri de instituții, având în vedere calitatea Băncii Naționale a României, de singura autoritate în măsură să decidă dacă activitatea unei entități este de natura activității de creditare. Banca Națională a României este abilitată să reglementeze, autorizeze/înregistreze inclusiv să supravegheze prudențial /monitorizeze în scop statistic entitățile ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional, respectiv instituțiile de credit, instituțiile de plată, instituțiile emitente de moneda electronică și instituțiile financiare nebancare.

Din perspectiva atribuțiilor statutare ale băncii centrale, în raport cu entitățile aflate în sfera sa de autoritate, fiecare tip de entitate, respectiv instituția de credit și instituția financiară nebancară, are, așa cum însăși denumirea indică, un statut diferit, reglementat distinct prin acte normative diferite.

Împrejurarea că instituțiile financiare nebancare desfășoară activități similare, specifice instituțiilor de credit, respectiv activități de creditare (respectiv au capacitatea de a emite instrumente de garantare or de a acorda credite, astfel cum acestea sunt enumerate conform legii (*Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare*)) nu conduce la acceptarea implicită a acestor instituții financiare ca și instituții de credit.

Nu prezintă relevanță faptul că instituțiile financiare nebancare pot emite garanții, atâta timp cât în materia achizițiilor publice, acest atribut este permis *limitativ* doar instituțiilor de credit, astfel cum acestea sunt definite și încadrate prin intermediul OUG nr. 99/2006 și societăților de asigurări.

În speța aflată în analiză prezintă interes proba faptului că, instituțiile financiare nebancare, se regăsesc definite și încadrate de dispozițiile legale incidente, respectiv O.U.G. nr. 99/2006.

Aceeași abordare a fost îmbrățișată și de Curtea de Apel Oradea, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, reținându-se considerentele avute în vedere de instanța de judecată cu ocazia emiterii Deciziei nr. 662/CA/2021 – R din 10.09.2021, în Dosarul nr. 365/35/CA/2021 – R.

"Analizând plângerea formulată prin prisma motivelor invocate și a dispozițiilor legale aplicabile, instanța reține următoarele:

Municipiul ... în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect "Furnizare 1 bucată ambulanță tip MMU și servicii accesorii de instalare, punere în funcțiune, testare și instruire personal pentru obiectivul de investiții - Proiect integrat pentru dezvoltare durabilă în zona montană a județului ..., îmbunătățirea accesului și dezvoltării serviciilor de sănătate în caz de intervenții medicale în situații de urgență.

În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1027429/01.01.2021.

În Raportul procedurii nr. 306958/23.062021 s-a consemnat depunerea a două oferte, respectiv de către ... SRL și ... SRL.

Oferta depusă de către ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă potrivit art. 132 al. 3 din HG nr. 395/2016, pe motiv că cerința impusă de art. 36 al. 1 din HG nr. 395/2016, ca instrumentul de garantare să fie emis de o instituție de credit nu este îndeplinită. Aceasta întrucât instrumentul de garantare prezentat de acest ofertant a fost constituit de o instituție financiară nebancaară.

Instanța reține că ... SRL a depus garanția de participare sub forma unui instrument de garantare emis de ... SA.

Autoritatea contractantă, în cadrul etapei de evaluare a garanției de participare a solicitat clarificări ofertantului cu privire la îndeplinirea cerinței impuse de art. 36 al. 1 din HG nr. 395/2016.

Contrar opiniei CNSC, instanța constată că în mod corect a fost respinsă ca inacceptabilă oferta depusă de ... SRL de către autoritatea contractantă.

La pct. III. 1.6.b) - Garanția de bună execuție din Fișa de date, s-a menționat expres că garanția de bună execuție se poate constitui prin instrument de garantare emis în condițiile -Iești de a Institut ie de credit din Romania sau din alt stat, sau de o societate de asigurări.

Potrivit art. 39 din HG nr. 395/2016, pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului- cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

(I) Garanția de bună execuție a contractului se constituie de către contractant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de achiziție publică/contractului subsecvent.

În conformitate cu prevederile art. 40 din HG, garanția de bună execuție se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii și devine anexă la contract, prevederile art. 36 alin. (3) și (5) aplicându-se în mod corespunzător.

Art. 36 din același act normativ, prevede la rândul său că garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.

Această cerință a fost impusă ca urmare a modificărilor aduse HG nr. 395/2016, prin Hotărârea Guvernului nr. 419/2018,

Prin urmare, instanța reține că potrivit legii, instrumentul de garantare poate fi emis doar de către o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

Potrivit prev. art. 3 din OUG nr. 99/2006, instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa, cu respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:

- a) bănci;
- b) organizații cooperatiste de credit;
- c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;
- d) bănci de credit ipotecar.

Existând o indicare expresă prin lege a instituțiilor de credit, se pune problema de a stabili dacă emitentul garanției, Advisers Financial IFN SA poate fi încadrat sau nu în categoria instituțiilor de credit.

Astfel cum rezultă din chiar denumirea sa, Advisers Financial IFN SA, este o Instituție Financiară Nebancaară, a cărei funcționare este reglementată prin prevederile Legii nr. 93/2009. privind instituțiile financiare nebancaare.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 93/2009. privind instituțiile financiare nebancaare;

(1) Activitatea de creditare se desfășoară cu titlu profesional prin instituții de credit și prin instituțiile financiare prevăzute la secțiunea a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007. cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu dispozițiile actului normativ sus-menționat, prin prestatori de servicii de plată care acordă credite legate de serviciile de plată. în conformitate cu dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare. precum și prin instituții financiare ne bancare. în condițiile stabilite prin prezenta lege, prin legile speciale care le reglementează activitatea și prin reglementările emise de Banca Națională a României în aplicarea prezentei legi.

Din interpretarea acestor dispoziții legale, rezultă că activitatea de creditare poate fi desfășurată atât prin intermediul instituțiilor de credit, cât și prin intermediul instituțiilor financiare nebancare.

Cu toate acestea, instituțiile de credit sunt diferite de instituțiile financiare nebancare, fiecare având reglementare legală distinctă, prin acte normative diferite. ;

De asemenea trebuie observat că și activitatea de creditare diferă de cea a oferirii unui instrument de garantare.

Conform Registrului Instituțiilor de Credit emis de Banca Națională a României, instituțiile de credit - persoane juridice române, se pot constitui și funcționa nîmăi pe baza autorizației emise de BNR conform dispozițiilor art. 32 al, 1 din QUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit, potrivit dispozițiilor art. 164 al. 1 din același act normative.

Pe de altă parte, conform prevederilor pct. IV - Registru] Instituțiilor Financiare Nebancare, în conformitate cu prevederile art. 43 din Legea nr. 93/2009, BNR realizează monitorizarea instituțiilor financiare nebancare înscrise în Registrul General.

Verificând Registrul General al Instituțiilor Financiare Nebancare ținut de BNR, instanța constată că ... SA, apare înscrisă în acest registru.

Chiar dacă această societate este autorizată de către BNR să acorde credit de consum, credite ipotecare, imobiliare, microcredite, finanțare tranzacții comerciale, factoring, scontare, forfetare, leasing financiar, emitere garanții și deci poate avea o ofertă similară cu cea a instituțiilor de credit, nu este o instituție de credit, respectiv bancă, organizație cooperatistă de credit; bancă de economisire și creditare în domeniul locativ sau bancă de credit ipotecar, ci o instituție financiară nebancară.

Or, în condițiile în care legiuitorul, prin norma legală imperativă a înțeles și stabilească expres că în cadrul atribuirii contractelor de achiziție publică, garanția de bună execuție poate fi constituită doar de către o instituție de credit sau societate de asigurări, acceptarea constituirii garanției de către o societate care nu îndeplinește condiția de a fi o instituție de credit sau societate de asigurări, constituie o încălcare a legii.

Prin urmare, în mod corect Autoritatea Contractantă a respins ca inacceptabilă oferta ... SA, din moment ce aceasta nu a respectat dispozițiile legale enunțate, menționate fișa de date a achiziției, privind constituirea garanției.

Nu pot fi acceptate argumentele intimitei expuse în întâmpinare întrucât norma legală incidentă este clară, lipsită de dubiu și conține enumerarea expresă a instituțiilor ce pot emite garanții în cazul atribuirii contractelor de achiziții publice. În aceste condiții orice altă interpretare, care adaugă sau schimbă conținutul normei nu este permisă.

Cât privește criticile formulate la adresa ofertei declarate câștigătoare, acestea sunt lipsite de interes față de împrejurarea că oferta ...SA a fost declarată inacceptabilă.

Instanța reține, că cerințele prevăzute de art. 1 din Legea nr. 101/2016 trebuie interpretate și aplicate în contextul principiilor generale în materia procesuală civilă, fiind necesar ca interesul să fie nu numai legitim, ci și actual și direct, întrucât atât Consiliul competent să soluționeze contestația, cât și instanța de judecată investită cu plângerea, sunt chemate să rezolve un conflict în care interesul părții rezultă din prejudiciul real și concret la care s-ar expune dacă nu ar promova respectivul demers judiciar,

În acest context, din moment ce oferta intimitei a fost înlăturată, orice contestație a acesteia față de alte măsuri ale autorității contractante nu este aptă să îi satisfacă un interes actual, adică nu îi poate aduce nici un folos practic în actuala procedură de atribuire, motivele de nevalabilitate ale ofertei câștigătoare nefiind de natura a înlătura caracterul neconform al ofertei sale și pe cale de consecință, să îi asigure accesul la procedura de atribuire.

Prin urmare nu se mai impune realizarea analizei criticilor referitoare la oferta ... SRL, reținând lipsa interesului petentei în formularea unei astfel de cereri.

Argumentele prezentate în analiza plângerii petentului Municipiul ... sunt valabile și în privința cererii de intervenție voluntară accesorie formulată de ... în favoarea petentului.

Pentru toate aceste considerente, de fapt și de drept, precum și pentru considerentele expuse în practica hotărârii, instanța va respinge plângerea formulată de petentul Municipiul ... împotriva Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, ca fiind formulat împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă; va admite plângerea declarată de petentul Municipiul Oradea, împotriva Deciziei nr. 1736/C10/1611 din 10.08.2021 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, pe care o va modifica în tot și rejudecând fondul, va respinge ca neîntemeiată contestația formulată de contestatoarea SC ...SRL și va admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de intervenienta ... S.R.L în favoarea petentului Municipiul ..."

Se are în vedere că instanța de judecată a invalidat considerentele avute în vedere de Consiliu în cuprinsul Deciziei nr. 1736/C10/1611 din 10.08.2021. În cuprinsul deciziei amintite Consiliul a apreciat că instrumentul de garantare emis de o instituție financiară nebanară respectă dispozițiile art. 36 alin (1) din H.G. nr. 395/2016.

În mod similar, Consiliul a îmbrățișat aceeași abordare cu cea din prezenta cauză, sub același aspect, într-un litigiu similar celui de față, în Decizia nr. 2503/C10/2641, 2676 din 10.11.2021 (menținută prin Hotărârea nr. 2771/16.12.2021 și prin Hotărârea nr. 101/19.01.2022, pronunțate de Curtea de Apel București) fiind util a reda următoarele considerente reținute de Consiliu în cuprinsul deciziei amintite:

"În ceea ce privește respingerea ofertei depuse de ... SRL, Consiliul retine ca motivul invocat de autoritatea contractantă este nerespectarea de către ofertant a prevederilor legale și a documentației de atribuire privind modul de constituire a garanției de participare.

Potrivit prevederilor art. 36 din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare:

„Art. 36. - (1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) Autoritatea contractantă nu are dreptul:

a) 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;

b) 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.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (1), în cazul în care valoarea garanției de participare este mai mică de 5.000 lei și numai dacă în documentația de atribuire este prevăzută această posibilitate, garanția de participare se poate constitui și prin depunerea la casieria autorității contractante a unei sume în numerar”.

Potrivit prevederilor din fișa de date a achiziției, Cap. III.1.6.a) vizând constituirea garanției de participare, autoritatea contractantă a stabilit următoarea cerință, în acord cu prevederile legale:

„c) GP se va constitui, în conformitate cu prevederile art. 35 și art. 36 din H.G. nr. 395/2016, prin: 1. Virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii, sau 2. Ordin de plata în contul U.A.T. Oraș ... IBAN R096TREZ4225006XXX000296 deschis la Trez Statului, Suc. ..., cu condiția confirmării acestuia de către banca emitentă până cel târziu la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor. [...] N2: În cazul constituirii GP printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări acesta trebuie să prevadă că plata GP se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate. Se va completa declarația pusă la dispoziție prin DA sau un alt model care să conțină cel puțin datele din această declarație. GP în format electronic se depune în SICAP până la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor. [...]”

Consiliul constata ca ofertantul ... SRL nu a constituit garanția de participare prin virament bancar, nici prin ordin de plata în contul U.A.T. Oraș ..., ci printr-un instrument de garantare emis de ... S.A. care are calitatea de Instituție financiară nebanară.

Consiliul retine ca ... S.A.(ca orice alt IFN) nu are calitatea de instituție de credit din România sau din alt stat și nici de societate de asigurări.

Potrivit art. 3 din Ordonanța de urgență 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului Instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa cu

respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în Partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:

- a) bănci;
- b) organizații cooperatiste de credit;
- c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;
- d) bănci de credit ipotecar;

Astfel cum se poate observa, IFN-urile nu fac parte din nici una din aceste categorii. Aceste instituții (IFN-urile) pot emite garanții (articolul 14 litera c din Legea 93/2009) dar nu în procedura de achiziție publică și în contracte de achiziție publică, unde se face mențiunea expresă că garanțiile vor fi emise de instituții de credit sau societăți de asigurari.

Nu au absolut nicio relevanță alegațiile contestatorului potrivit cărora din modificarea din 2018 a HG nr. 395/2016 (prin HG nr. 419/2018) în sensul înlocuirii posibilității ca instrumentul de garantare să fie emis de o „societate bancară” cu posibilitatea ca instrumentul de garantare să fie emis de o „instituție de credit” ar rezulta implicit că legiuitorul a dorit să permită și altor entități decât „societățile bancare” (adica IFN-urilor) să emită instrumente de garantare care să fie utilizate în procedurile de achiziție publică.

Prin modificarea menționată HG nr.395/2016 legiuitorul a permis ca instrumentele de garantare **în procedurile de achiziție publică** să poată fi emise și de organizații cooperatiste de credit, de bănci de economisire și creditare în domeniul locativ sau de bănci de credit ipotecar (nu numai de bănci) dar nu a permis, pentru procedurile de achiziție publică, emiterea de instrumente de garantare de către instituțiile financiare nebankare.

Notiunea de „*instituție de credit*” este strict definită de legislație, așa cum am aratat, există un Registru al Instituțiilor de Credit din care, evident, nu face parte niciun IFN, iar **Instituțiile de credit** persoane juridice române se pot constitui și funcționa numai pe baza autorizației emise de Banca Națională a României conform dispozițiilor art. 32 alin.(1) din OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.227/2007, cu modificările și completările ulterioare.

În concluzie, prin prezentarea unui instrument de garantare emis de o instituție financiară nebankară (... S.A.) ofertantul ... SRL a încălcat atât prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare cât și prevederile din fișa de date a achiziției, Cap. III.1.6.a), respingerea ofertei acestuia fiind pe deplin întemeiată legal.”

Același raționament ca cel anterior redat se regăsește și în cuprinsul Deciziei nr. 2637/C7/2845 din 25.11.2021, fiind util a reda următoarele considerente reținute de Consiliu în cuprinsul deciziei amintite:

[Așadar din dispozițiile legale amintite reiese intenția legiuitorului cu privire la cele două instituții, respectiv instituțiile de credit și instituțiile financiare nebankare, actul normativ de reglementare privind instituțiile financiare nebankare are un obiect diferit de cel reglementat de O.U.G. nr. 99/2006, reglementând activitățile de creditare care pot fi desfășurate de instituțiile financiare nebankare, printre acestea fiind și acordare de credite (incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare) și emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare.

Cu alte cuvinte instituția financiară nebankară nu se confundă cu instituția de credit, fiind organisme/entități/înțepinderi reglementate în mod distinct și având domenii de aplicare diferite.

Chiar dacă în legislația aplicabilă domeniul care reglementează achizițiile publice nu este definit termenul de *instituție de credit*, având în vedere faptul că, potrivit dispozițiilor legale mai sus redate, sunt prevăzute în mod expres instituțiile acceptate în vedere emiterii instrumentelor de garantare, Consiliul apreciază că, din coroborarea tuturor dispozițiilor legale anterior redate, rezultă că înțelegerea instituțiilor de credit este cea reglementată de dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006.

Contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice.

În considerarea celor antemenționate sunt și precizările contestatoarei, potrivit cărora: *”Consideram ca o interpretare extensivă a prevederilor art. 36 din HG nr. 395/2016 ar eluda fundamentul normativ, ce urmărește un grad mărit de protecție în raport de interesul subiectiv al autorității, iar fata de interesul public într-un raport general și obiectiv. Astfel, trebuie reținut ca, între emitentii menționați diferă substanțial aspectele ce implica modul de funcționare al acestora, cu implicații directe asupra bonității, stabilității și dinamicii obligationale, doar instituțiile de credit putând oferi mecanisme superioare de protecție în raport de aceste aspecte (....)”*

Autoritatea contractantă aduce ca argument decisiv în temeinicia deciziei adoptate faptul că potrivit Registrului General Instituții Financiare Nebancare actualizat la data de 29.10.2021, Banca Națională a României, la pagina 16/39 precizează în dreptul nr. RG-PJR-41-110104 - S.C. ... S.A. - la rubrica „Activități desfășurate” atât *activitatea de creditare cât și cea de emitere garanții*.

(...)

Nici argumentele aduse de achizitoare vizavi de incidența *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 52 din 14 septembrie 2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, precum și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori*, în favoarea definiției reglementată de acest act normativ pentru instituția de credit (respectiv la CAP. I - „Obiect, domeniu de aplicare și definiții” la art. 3, pct.8. definește **„instituția de credit - o întreprindere a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu**, în conformitate cu prevederile Regulamentului (UE) nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și firmele de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012) nu sunt de natură de a aprecia ca temeinică încadrarea instituțiilor financiare în categoria instituțiilor de credit, indicate de dispozițiile art. 36 alin. () din H.G. nr. 395/2016, respectivul act normativ indicat de achizitoare reglementează în fapt contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile.

Sunt judicioase susținerile achizitoare precum că autoritatea contractantă nu a prevăzut în documentația de atribuire alte precizări referitoare la garanția de participare, în sensul definirii instituțiilor de creditare cu excluderea celor de tip IFN.

În mod similar sunt întemeiate și susținerile autoarei intervenției, respectiv “a) ... S.A. reprezintă o instituție autorizată conform legii să întreprindă activități de creditare și de emitere garanții, fiind sub supravegherea și controlul Băncii Naționale a României (ca și societățile bancare, de altfel) și supunându-se normelor prudențiale corespunzătoare; (b) Garanția de participare emisă de ... S.A. îndeplinește toate condițiile referitoare la cuantum, perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cerere a beneficiarului et cetera, prevăzute în FDA secțiunii III.1.6.a) (...).”

Însă, se au în vedere exigențele pe care legiuitorul le-a instituit prin dispozițiile legale incidente ale art. 36 din H.G. nr. 395/2016.

Contractul de achiziție publică este contract administrativ și nu comercial, așa cum acesta este definit la art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016 (contract cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ).

În acest context, având în vedere că prin contractul administrativ administrația publică (sau entitățile assimilate) își realizează o parte din sarcinile sale, se consideră că regimul juridic aplicabil acestor contracte este unul exorbitant, de drept public.

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general, ceea ce dă administrației posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește, prin executarea contractului, o satisfacție completă și continuă.

Clauzele exorbitante sunt clauze derogatorii de la dreptul comun și care consacră puteri sporite în favoarea entității publice pe considerentul ocrotirii interesului public. Astfel, orice contract cu o entitate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului.

În consecință, se reține că și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice.

Nimic nu oprește operatorii economici să nu participe la licitațiile în curs dacă nu doresc să își asume clauzele exorbitante pe care le presupune orice contract administrativ, cum sunt cele enumerate la art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în rândul cărora se încadrează și contractele de achiziție publică, în condițiile în care la art. 8 alin. (3) din același act normativ este prevăzut că la soluționarea litigiilor care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Pe de altă parte, se reține că la art. 1350 din Codul civil se prevede că orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat, iar atunci când, fără justificare, nu își

îndeplinește această îndatorire, respectiva persoană este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu în condițiile legii.]

Raționamentul conturat de autoarea contestației ...SRL, în favoarea faptului că *“prin modificările aduse prin Hotărârea 419/2018, legiuitorul a eliminat noțiunea de „societate bancară” înlocuind-o cu „instituție de credit”, tocmai pentru a cuprinde în aceasta sfera orice instituție acreditată care în condițiile legale să poată constitui astfel de garanții”* nu va fi reținut de Consiliu ca fiind relevant în soluționare.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere în mod similar, considerentele reținute în cuprinsul Deciziei nr. 2503/C10/2641, 2676 din 10.11.2021 și Deciziei nr. 2637/C7/2845 din 25.11.2021:

“Nu au absolut nicio relevanta alegațiile contestatorului potrivit cărora din modificarea din 2018 a HG nr. 395/2016 (prin HG nr. 419/2018) în sensul înlocuirii posibilității ca instrumentul de garantare să fie emis de o „societate bancară” cu posibilitatea ca instrumentul de garantare să fie emis de o „instituție de credit” ar rezulta implicit că legiuitorul a dorit să permită și altor entități decât „societățile bancare” (adică IFN-urilor) să emită instrumente de garantare care să fie utilizate în procedurile de achiziție publică.

Prin modificarea menționată a HG nr. 395/2016 legiuitorul a permis ca instrumentele de garantare în procedurile de achiziție publică să poată fi emise și de organizații cooperatiste de credit, de bănci de economisire și creditare în domeniul locativ sau de bănci de credit ipotecar (nu numai de bănci) dar nu a permis, pentru procedurile de achiziție publică, emiterea de instrumente de garantare de către instituțiile financiare nebancare.”

Autoritatea Națională pentru Achiziții Publice a emis Notificarea privind acceptarea în procedurile de achiziție publică/sectorială a garanțiilor de participare/de bună execuție emise de către instituțiile financiare nebancare din 10.01.2022, fiind relevant de redat următoarele mențiuni din cuprinsul acesteia:

“În ceea ce privește condițiile impuse de legislația specifică domeniului financiar-bancar pentru ca o entitate să fie considerată instituție de credit, potrivit opiniei emise de Banca Națională a României - autoritatea competentă cu privire la reglementarea, autorizarea și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit, instituțiile financiare nebancare nu sunt instituții de credit.

*În acest sens, Banca Națională a României precizează faptul că cele două categorii de entități, respectiv **instituțiile de credit** și **instituțiile financiare nebancare**, reprezintă două categorii instituționale **distincte**, a căror activitate se desfășoară potrivit unor legislații specifice, prin care se reglementează diferit regimul de acces la activitate și de desfășurare a acesteia pentru fiecare categorie în parte.*

*Din cele precizate mai sus, raportat la prevederile legislației privind achizițiile publice/ sectoriale ce impun constituirea garanției printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit, **reiese faptul că autoritatea/entitatea contractantă nu poate accepta constituirea garanției de participare/de bună execuție printr-un instrument de garantare emis de o instituție financiară nebancară.***

Totodată precizăm că, în virtutea principiului asumării răspunderii, responsabilitatea verificării instrumentelor de garantare prezentate de către operatorii economici ofertanți, sub aspectul îndeplinirii tuturor condițiilor legale necesare pentru a fi acceptate în procedura de atribuire, revine autorității/entității contractante.”

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul determină că ...SRL, prin prezentarea unui instrument de garantare emis de o instituție financiară nebancară (... SA) a încălcat atât prevederile art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cât și prevederile din fișa de date a achiziției, *III.1.6.a) "Garanție de participare"*, autoritatea contractantă în mod temeinic a făcut aplicarea dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

Sunt judicioase precizările contestatoarei vizavi de faptul că în cuprinsul actului de comunicare nr. 81/04.01.2022, *autoritatea contractanta a invocat dispozițiile art. 36 alin. (1) și alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 în forma inițială, care menționa faptul că garanția de participare trebuia constituita prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de „o societate bancară”, or prin modificările aduse prin Hotărârea nr. 419/2018, legiuitorul a eliminat noțiunea de „societate bancară” înlocuind-o cu „instituție de credit”.*

Împrejurarea că, în mod eronat achizitoarea a indicat în cuprinsul actului de comunicare a rezultatului dispozițiile anterioare redând conținutul abrogat al acestora, nu este de natură a schimba situația ofertantei contestatoare.

Chiar dacă Consiliul ar dispune refacerea actului de comunicare 81/04.01.2022 obligând achizitoarea să redea conținutul actualizat al dispozițiilor invocate ca motiv al respingerii ofertei depuse, acest aspect ar fi de prisos, finalitatea unui astfel de demers neconducând la un alt rezultat al procedurii de atribuire, întrucât nu se poate înlătura caracterul de neconformitate/inacceptabilitate al ofertei depuse de către ...SRL.

În atari condiții, respingerea ofertei ...SRL fiind legală, cele susținute de contestatoare sunt nefondate. Neexistând motive întemeiate pentru infirmarea măsurii luate de autoritate, Consiliul urmează să respingă criticile formulate de societatea contestatoare.

În ceea ce privește solicitarea ...SRL privind plata cheltuielilor de judecată de către autoritatea contractantă, reprezentând onorariu de avocat, Consiliul reține că, pentru justificarea acestora, nu au fost prezentate documente doveditoare, reprezentând contravaloarea acestor servicii.

Pe cale de consecință, Consiliul respinge cererea contestatoarei ...SRL privind obligarea autorității contractante ... la plata cheltuielilor efectuate, ca neîntemeiată, pe de o parte, nefiind depuse documente doveditoare în susținerea solicitării și, pe de altă parte, ca nefondată, având în vedere soluția pronunțată pe fondul cauzei, de respingere a contestației, respectiv decizia de respingere a ofertei depuse de ...SRL fiind menținută de către Consiliu, fiind validată, așadar, evaluarea efectuată de către comisia de evaluare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ...SRL, cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., ... ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practica deciziei,
...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 19 (nouăsprezece) pagini.