

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. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 398/10.10.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../..., formulată de către SC ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva raportului procedurii nr. 97822/04.10.2022 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 98007/ 05.10.2022, documente emise de către ..., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *«Execuție lucrări de alimentare cu energie electrică a stației de încărcare a autobuzelor din localitatea ..., stație de încărcare aferentă obiectivului de investiții "Linia Verde de Transport Public Utilizând Mijloace de Transport cu motor electric sau hibrid sau normă de poluare redusă"»*, cod CPV 45231400-9 – Lucrări de construcții de linii electrice (Rev.2), anunț de participare simplificat .../..., s-au solicitat Consiliului următoarele: *„anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 98007/05.10.2022 emisă de autoritatea contractantă ...; anularea Raportului procedurii 97822/04.10.2022 și a tuturor actelor ce preced ori sunt emise ulterior în temeiul acestora; să dispuneți obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, prin reevaluarea ofertei subscrisei, în conformitate cu cele dispuse prin decizia Consiliului”*.

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 398/10.10.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../..., SC ... SRL critică raportul procedurii nr. 97822/04.10.2022 și comunicarea rezultatului procedurii nr. 98007/05.10.2022, documente emise de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca

obiect *«Execuție lucrări de alimentare cu energie electrică a stației de încărcare a autobuzelor din localitatea ..., stație de încărcare aferentă obiectivului de investiții "Linia Verde de Transport Public Utilizând Mijloace de Transport cu motor electric sau hibrid sau normă de poluare redusă"»*, solicitând Consiliului cele redată în partea introductivă.

În motivare, contestatoarea arată că, în urma depunerii ofertei, a primit din partea autorității contractante solicitarea de clarificări nr. 81764/18.08.2022, prin care i s-a cerut transmiterea, în original, a instrumentului de garantare nr. AMA001661/16.08.2022, emis de ... SA, ca dovadă a constituirii garanției de participare. De asemenea, i s-a solicitat să facă dovada că instrumentul de garantare îndeplinește toate cerințele legale, respectiv că societatea emitentă este evidențiată în registrele publice ale BNR și/sau ale Autorității de Supraveghere Financiară.

Contestatoarea precizează că a răspuns prin adresa nr. 329/23.08.2022 și a transmis scrisoarea de garanție în original, dovada plății privind garanția de participare nr. AMA001661/16.08.2022 (document emis de ... SA), adresa primită de la ... SA potrivit căreia societatea se încadrează în prevederile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precum și documente doveditoare privind dreptul acestei societăți de a emite instrumente de garantare, inclusiv contractul de colaborare între ... SA și ... SRL.

Față de cele de mai sus, contestatoarea menționează că, ulterior, prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 98007/05.10.2022, i-a fost adusă la cunoștință decizia de respingere a ofertei sale, ca fiind inacceptabilă, deoarece, în etapa de analiză a garanțiilor de participare nu a prezentat *„nicio dovadă privind faptul că instrumentul de garantare îndeplinește toate cerințele legale, respectiv dacă societatea emitentă este evidențiată în registrele publice ale BNR și/sau ale Autorității de Supraveghere Financiară”*.

Totodată, autoritatea contractantă a mai reținut că, deși din scrisoarea de garanție rezultă că emitentul este ... SA, în calitate de garant, *„Contractul de garanție este gestionat de către ... SRL, cu sediul în Oradea (...), reprezentantul nostru în România»*, motiv pentru care comisia de evaluare a concluzionat că nu reiese suficient de clar cine își asumă răspunderea în raport cu autoritatea contractantă și nici dacă emitentul garanției este autorizat să-și desfășoare activitatea în România.

Având în vedere cele mai sus prezentate, contestatoarea susține că decizia ... este nelegală, atât prin raportare la art. 36 din HG nr. 395/2016, cât și la prevederile fișei de date a achiziției, pag. 6 pct. III.1.6.a) *Garanții de participare*, potrivit cărora s-a impus: *„Garanția de participare - 16.000 lei fără TVA. Garanția de participare se poate constitui prin virament bancar (...) sau printr-un instrument de garantare, astfel: a) scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit*

din România sau din alt stat; b) asigurare de garanții emisă: fie de o societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz; fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară, după caz”.

În opinia contestatoarei, din economia dispozițiilor legale mai sus enunțate, rezultă că garanția de participare se poate constitui prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare, această ultimă variantă fiind cea aleasă de SC ... SRL.

Arătând că instrumentele de garantare prevăzute de lege sunt scrisoarea de garanție și asigurarea de garanții, contestatoarea subliniază că fiecare dintre acestea are propriile condiții pe care trebuie să le îndeplinească, condiții prevăzute expres și limitativ de legislația în materie, ce nu pot fi impuse prin analogie.

Față de aceste aspecte, contestatoarea precizează că, în privința scrisorii de garanție, HG nr. 395/2016 impune ca aceasta să fie emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat, în timp ce pentru cea emisă de o societate de asigurare, impune emiterea acesteia fie de către o societate de asigurare care deține autorizație de funcționare în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț, printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară, după caz.

În contextul expus anterior, contestatoarea afirmă că scrisoarea de garantare nr. AMA001661/16.08.2022, emisă de către ... SA, precum și celelalte înscrisuri atașate răspunsului la solicitarea de clarificări (adresa primită de la ... SA, certificatul nr. 20218928624 și Informațiile Generale Comerciale eliberate de către Registrul Comerțului din Madrid la 09.12.2021) dovedesc faptul că societatea emitentă se încadrează în prevederile art. 36 alin. (1) lit. "a" din HG nr. 395/2016, în sensul că are dreptul de a emite instrumente de garantare.

Potrivit înscrisurilor mai sus menționate, ... SA este o societate financiară de creditare pe acțiuni, înregistrată în Spania, ce funcționează în conformitate cu legislația spaniolă și europeană, respectiv cu Directiva europeană referitoare la serviciile financiare și libera practică și circulație a serviciilor pe teritoriul UE, adaptată legislațiilor din statele în care activează. Societatea în cauză este înscrisă în Registrul Comerțului din Madrid cu nr. de identificare NIF A84147263 și are ca domeniu acreditat „*activități financiare și creditare*” - cod CAEN 6619, care permite, conform armonizării clasificării activităților în UE, tranzacții cu cărți de credit, emitere de garanții contractuale, leasing financiar, finanțare

tranzacții comerciale, factoring, microcredite, scontare, acordare de diferite tipuri de credite sau orice formă de tranzacționare de credite.

Contestatoarea invocă și dispozițiile art. 98 din Legea nr. 236/2022, conform căreia *„Orice referire la sintagma «instituție de credit» sau «instituții de credit», cuprinsă în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006, se consideră a fi făcută la sintagma «instituție de credit prevăzută la art. 4 alin. (1) pct. 1 lit. a) din Regulamentul (UE) nr. 575/2013, cu modificările ulterioare» sau «instituții de credit prevăzute la art. 4 alin. (1) pct. 1 lit. a) din Regulamentul (UE) nr. 575/2013, cu modificările ulterioare», cu excepția referirilor cuprinse în: a) titlul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006 ; b) art. 1, 2, 4, 4A1 , art. 7 alin. (1) și (1A1), art. 54 și 176 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006; c) titlul IIA1 al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006”*, respectiv *„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”*.

Prin urmare, afirmă contestatoarea, din probele anexate răspunsului la solicitarea de clarificări, rezultă că societatea emitentă a scrisorii de garanție este instituție de credit din alt stat decât România, care poate elibera scrisori de garanție conform HG nr. 395/2016.

Totodată, susține că solicitarea autorității contractante de a dovedi că ... SA este autorizată de către BNR să desfășoare activități pe teritoriul României excede dispoziției legale, fiind o adăugare la prevederile art. 36 lit. a) din HG 396/2016, care nu impun ca instituția de creditare dintr-un alt stat să fie autorizată și de către Banca Națională a României.

În ceea ce privește societatea ... SRL, contestatoarea menționează că aceasta nu are calitate de emitent al scrisorii de garantare, fiind un reprezentant/ mandatar al instituției de credit emitente, care nu are nicio obligație, motiv pentru care acesta nici nu trebuie să îndeplinească cele impuse emitentului instrumentului de garantare.

Precizând că a mai depus garanții de participare eliberate de ... SA și în alte proceduri de achiziție publică și că nu a întâmpinat vreo problemă în urma verificării acestora, contestatoarea susține că a fost exclusă din procedura în cauză prin aplicarea unor criterii de calificare neprevăzute nici în HG nr. 395/2016 și nici în documentația de atribuire. Astfel, a fost prejudiciată prin faptul că oferta sa nu a mai fost evaluată din punct de vedere tehnic și financiar, rezultatul fiind acela că un alt ofertant, cu o ofertă mai dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă, a fost declarat câștigător.

În probațiune, au fost atașate înscrisuri. Dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă a fost, de asemenea, atașată.

Prin adresa nr. .../.../.../..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită la

dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în cuantumul legal de 37.560,16 lei.

Prin adresa nr. 101464/12.10.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... transmite punct de vedere cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL.

Prin raportare la motivele invocate de către contestatoare, autoritatea contractantă precizează că oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, în urma analizei efectuate de către comisia de evaluare asupra garanțiilor de participare, a DUAЕ și a documentelor aferente, precum și asupra răspunsului la solicitarea de clarificări.

În combaterea argumentelor expuse de petentă, autoritatea contractantă arată că decizia comisiei de evaluare, în ceea ce privește respingerea ofertei acesteia are la bază analiza consemnată în procesul verbal nr. 85168/31.08.2022.

Conform documentului mai sus menționat, prin adresa nr. 81764/18.08.2022, publicată în S.E.A.P., în 18.08.2022, autoritatea contractantă precizează că a solicitat SC ... SRL să prezinte, în original, instrumentul de garantare nr. AMA001661/ 16.08.2022, emis de către ... SA, prin care s-a constituit garanția de participare la procedura de atribuire, precum și să facă dovada că instrumentul de garantare îndeplinește toate cerințele legale, respectiv că societatea emitentă este evidențiată în registrele publice ale BNR și/sau ale Autorității de Supraveghere Financiară.

La solicitarea de mai sus, contestatoarea a răspuns, în termen, prin adresa nr. 329/23.08.2022, în anexa căreia a transmis, în original, instrumentul de garantare nr. AMA001661/16.08.2022, emis de către ... SA, prin care a constituit garanția de participare, precum și adresa nr. 60/19.08.2022, emisă de ... SRL, reprezentanta ... SA pe teritoriul României, prin care se oferă lămuriri legate de faptul că aceasta este o instituție financiară de credite și garanții, înregistrată într-un stat membru UE, respectiv Spania, care este acreditată de Ministerul Finanțelor din Spania.

Față de cele de mai sus, organizatoarea procedurii precizează că, în conținutul acestei adrese, se arată că ... SRL are calitatea de reprezentant pe teritoriul României pentru ... SA, se indică sediul social al acesteia din municipiul ..., dar și faptul că emitentul instrumentului de garantare este o societate financiară de creditare pe acțiuni, specializată în emiterea de garanții, având cod de activitate 6619. De asemenea, din conținutul certificatului constatator emis de Registrul Comerțului din Spania, prezentat atât în limba spaniolă cât și în traducere legalizată, a rezultat că obiectul de activitate al societății - cod CAEN 6619 - este prestarea de servicii și activități auxiliare serviciilor financiare, cu excepția asigurărilor și fondurilor de pensii.

Având în vedere cele anterior expuse, precum și obiectul contractului de colaborare încheiat la data de 15.11.2018 între cele două

societăți, autoritatea contractantă menționează că, potrivit comisiei de evaluare, din toate documentele prezentate, nu reiese dacă ... SRL este autorizată să presteze servicii și activități auxiliare serviciilor financiare, în sensul că din documentele prezentate nu reiese cu certitudine faptul că instrumentul de garantare depus de ofertantă este emis de o instituție de credit dintr-un alt stat, autorizată în sensul legii din România.

Luând în considerare faptul că, potrivit prevederilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016, pentru a fi valabilă, scrisoarea de garanție trebuie să fie emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat, dar și faptul că art. 417 din OUG nr. 99/2006 stipulează că instituțiile de credit care își desfășoară activitatea în România, inclusiv sucursalele instituțiilor de credit din alte state membre și din state terțe, se evidențiază de către Banca Națională a României în registrul instituțiilor de credit (care este accesibil persoanelor interesate), comisia de evaluare a procedat la verificări din sursele oficiale ale autorităților competente.

În urma acestor verificări a rezultat că nici ... SA și nici ... SRL, societatea care a semnat instrumentul de garantare, nu sunt înscrise nici în registrele publice ale BNR și nici în Registrul societăților de asigurare și al intermediarilor principali al Autorității de Supraveghere Financiară.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că din analizele efectuate, a rezultat că scrisoarea de garantare privind participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică este emisă de către ... SA, în calitate de garant, însă în conținutul acesteia există următoarea mențiune: „*Contractul de garantare este gestionat de ... SRL, cu sediul în Oradea, str. Dimitrie Cantemir, nr. 26-30, apartament II, Jud Bihor, reprezentantul nostru în Romania*”. Or, afirmă ..., din această formulare nu reiese foarte clar cine își asumă răspunderea în relația cu autoritatea contractantă și nici dacă există certitudinea că emitentul garanției este autorizat să-și desfășoare activitatea în România.

Prin urmare, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, coroborate cu cele ale art. 137 alin. (1) din același act normativ, autoritatea contractantă afirmă că oferta contestatoarei trebuia respinsă ca inacceptabilă, deoarece, potrivit documentelor depuse de contestator, nu a rezultat dacă emitentul instrumentului de garantare, care este o instituție de credit, este evidențiat de către Banca Națională a României în registrul instituțiilor de credit care este accesibil persoanelor interesate, conform prevederilor art. 417 din OUG nr. 99/2006.

În acest sens, arată că autoarea contestației invocă prevederile art. 98 din Legea nr. 236/2022 și susține că a dovedit cu probe că emitenta scrisorii de garanție este o instituție din alt stat, care are aptitudinea de a elibera scrisori de garanție conform HG nr. 395/2016, și că este excesiv din partea autorității contractante să solicite dovada ca instituția de creditare din alt stat să fie autorizată și de către BNR.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă susține că interpretarea contestatoarei este eronată, în sensul că dispozițiile art. 36 lit. a) din HG nr. 396/2016 nu ar impune ca instituția de creditare dintr-un alt stat să fie autorizată și de către BNR, deoarece analizarea îndeplinirii condițiilor legale pentru desfășurarea de activități în România se face în raport cu emitentul instrumentului de garantare ... SA și nu cu ... SRL, care este doar un reprezentant ce nu se obligă cu nimic în raport cu autoritatea contractantă. Deși art. 36 din HG nr. 395/2016 precizează doar că scrisoarea de garanție trebuie emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat, nu înseamnă că nu este incidentă și legislația specifică instituțiilor de credit, mai ales că se arată foarte clar că instrumentul de garantare trebuie emis în condițiile legii. În susținerea celor de mai sus, autoritatea contractantă invocă și dispozițiile OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.

Așadar, precizează autoritatea contractantă, trebuie făcută distincția între condiția ca instituția de creditare să fie autorizată și de către BNR (așa cum a înțeles contestatoarea în mod eronat) și cerința autorității contractante de a se face dovada că instituția de credit este evidențiată în registrul instituțiilor de credit. În acest sens, precizează că motivele pentru care comisia de evaluare a solicitat dovezi privind autorizarea emitentului instrumentului de garantare nu țin de un formalism excesiv, menit să adauge exigențe suplimentare față de prevederile legale, ci au la bază interesul autorității contractante pentru ca, în cazul în care trebuie să fie activat instrumentul de garantare, să existe posibilitatea reală de valorificare a acestuia.

Prin urmare, susține autoritatea contractantă, chiar dacă petenta nu a transmis dovezi cu privire la faptul că emitentul instrumentului de garantare este autorizat să-și desfășoare activitatea în România, fie direct, fie prin reprezentant, comisia de evaluare a făcut propriile verificări pe site-ul oficial al BNR, unde nu s-a regăsit numele ... SA. Legat de această constatare a comisiei de evaluare, autoritatea contractantă consideră important a preciza că, pe site-ul BNR există un subdomeniu cu Registre și liste, printre care și o listă cu instituții din alte state membre UE, pentru care autoritățile competente au notificat Banca Națională a României de furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României, în care ar trebui să se regăsească și emitentul instrumentului de garantare depus de contestatoare, într-una dintre secțiuni, în funcție de domeniul de activitate autorizat în statul de origine.

În final, organizatoarea procedurii declară că, în fapt, nu au fost puse sub semnul îndoielii înscrisurile prezentate de către contestatoare sau legalitatea autorizării ... SA în Spania, ci s-a dorit o asigurare a faptului că activitatea acestei instituții de credit respectă reglementările legale din România, care sunt armonizate cu legislația europeană și cu privire la care doar o autoritate competentă (BNR) poate să ofere informații. În lipsa unei confirmări din partea acestei autorități,

neexistând certitudinea că instrumentul de garantare a fost emis cu respectarea prevederilor legale.

În consecință, față de toate aspectele relevate, solicită respingerea contestației ca nefondată.

În drept, invocă prevederile art. 8 alin. (1) lit. b), coroborat cu art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Dovada comunicării punctului de vedere către contestatoare a fost atașată.

Prin adresa nr. 101966/14.10.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., autoritatea contractantă transmite, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 403/12.10.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., SC ... SRL a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. ... din ..., în valoare de 37.560,16 lei, document emis de CEC BANK, Sucursala

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *«Execuție lucrări de alimentare cu energie electrică a stației de încărcare a autobuzelor din localitatea ..., stație de încărcare aferentă obiectivului de investiții "Linia Verde de Transport Public Utilizând Mijloace de Transport cu motor electric sau hibrid sau normă de poluare redusă"»*, cod 45231400-9 – Lucrări de construcții de linii electrice (Rev.2), publicând, în S.E.A.P., anunțul de participare simplificat .../..., în anexa căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

La pct. II.2.5) din cadrul anunțului de participare, autoritatea contractantă a menționat că va utiliza criteriul de atribuire *"Prețul cel mai scăzut"*, iar la pct. II.1.5) din cadrul aceluiași document, a precizat că valoarea estimată aferentă, fără TVA, este de 1.878.008,02 lei.

În cadrul procesului-verbal de analiză nr. 1/81354/17.08.2022, pag. 101 – 103, autoritatea contractantă a consemnat că au fost depuse 3 (trei) oferte, aparținând următorilor operatori economici: SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL (subcontractant SC ... SRL).

Ulterior, potrivit celor consemnate în cadrul raportului procedurii nr. 97822/04.10.2022, pag. 12 – 18, oferta aparținând SC ... SRL a fost declarată inacceptabilă pe motiv că participanta la procedură *„nu a prezentat nicio dovadă că instrumentul de garantare îndeplinește toate cerințele legale, respectiv dacă societatea emitentă este evidențiată în registrele publice ale BNR și/sau ale Autorității de Supraveghere Financiară"*. În urma verificării documentelor suport DUAЕ, oferta aparținând SC ... SRL a fost declarată câștigătoare a procedurii, cu un preț de 1.129.954,43 lei, fără TVA.

Decizia de mai sus a autorității contractante a fost transmisă SC ... SRL prin adresa nr. 98007/05.10.2022, pag. 8 - 10, iar, în urma luării la cunoștință a conținutului aferent, ofertantul în cauză a formulat prezenta contestație, solicitând cele redate în partea introductivă.

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

Pentru început, Consiliul va lua în considerare dispozițiile art. 215 alin. 2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, conform căroră *„În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii (...) autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”*.

În acest sens, Consiliul va reține că, în cadrul comunicării rezultatului procedurii nr. 98007/05.10.2022, referitor la respingerea ofertei contestatoarei, autoritatea contractantă a precizat următoarele: *„ (...) Comisia de evaluare și-a fundamentat decizia de respingere a ofertei pe următoarele articole din HG 395/2019 (...): art. 137 alin. 1) (...) în opinia comisiei de evaluare, din documentele prezentate, nu reiese cu certitudine faptul că instrumentul de garantare depus de ofertantă este emis de o instituție de credit, în sensul legii din România (...) comisia de evaluare a procedat la verificări din sursele oficiale ale autorităților competente, rezultând faptul că nici ... SA și nici ... SRL, firma care a semnat instrumentul de garantare nu sunt înscrise nici în registrele publice ale BNR și nici în registrul societăților de asigurare și al intermediarilor principali al Autorității de Supraveghere Financiară. Ca urmare, prin răspunsul transmis nu ați prezentat nicio dovadă că instrumentul de garantare îndeplinește toate cerințele legale, respectiv dacă societatea emitentă este evidențiată în registrele publice ale BNR și/sau ale Autorității de Supraveghere Financiară. În plus, comisia a mai constatat că scrisoarea de garantare privind participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică apare ca fiind emisă de ... SA, în calitate de garant, însă în conținutul acesteia apare mențiunea că «Contractul de garantare este gestionat de ... SRL, cu sediul în Oradea, str. Dimitrie Cantemir, nr. 26 - 30, apartament II, Jud Bihor, reprezentantul nostru în România». Din această formulare nu reiese foarte clar cine în asumă răspunderea în relația cu autoritatea contractantă și nici dacă există certitudinea că emitentul garanției este autorizat să-și desfășoare activitatea în România. Concluzia comisiei de evaluare este că răspunsul prezentat este neconcludent. Conform prevederilor art. 134 alin. 5) din HG nr. 395/2016 (...) oferta este considerată inacceptabilă”*.

Totodată, Consiliul va lua în considerare prevederile art. 154 alin. 2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, conform căroră *„Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare a cărei perioadă de valabilitate este*

cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei (...)", respectiv pe cele ale art. 154 alin. 4) din cadrul aceluiași act normativ, unde se precizează următoarele: „Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin: a) virament bancar; b) **instrumente de garantare emise în condițiile legii** astfel: (i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat; (ii) **scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat** (...); (iii) asigurări de garanții emise: fie de societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz; fie de societăți de asigurare din state terțe prin sucursale autorizate în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară; c) depunerea la casierie a unor sume în numerar (...)"

De asemenea, la art. 36 alin. 2), 3) și 4) din H.G. 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, sunt enunțate următoarele dispoziții: „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”.

Procedând la analiza documentelor din dosarul cauzei, Consiliul va reține că SC ... SRL a prezentat, atât în original, cât și sub forma de traducere legalizată, scrisoarea de garanție/Instrument de garantare nr. AMA001661/16.08.2022, pag. 112 – 113, de către garantul ... SA, societate înregistrată „la Registrul Comerțului din Madrid sub numărul A84147263/2004 și înscris la Ministerul Finanțelor, organismul care reglementează și supraveghează sistemul financiar, de asigurări și pensii din Spania. Activitatea sa din alte state membre ale Uniunii Europene se desfășoară în baza Principiului Liberei Prestații de Servicii”.

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. 1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, „În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de

participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”.

Aplicând norma juridică mai sus invocată, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 81764/18.08.2022, pag. 99 – 100, a solicitat contestatoarei următoarele clarificări: *„(...) Comisia de evaluare a stabilit să vă solicite să ne transmiteți în original, instrumentul de garantare (...) emis de ... SA, prin care ați constituit garanția de participare, în calitate de ofertant (...) Având în vedere următoarele prevederi legale: art. 36 din HG 395/2016 (...) art. 417 din OUG 99/2006 «Instituțiile de credit care își desfășoară activitatea în România în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, inclusiv sucursalele instituțiilor de credit din alte state membre și din state terțe, se evidențiază de către banca Națională a României în registrul instituțiilor de credit, care este accesibil persoanelor interesate». Vă solicităm să faceți dovada că instrumentul de garantare îndeplinește toate cerințele legale, respectiv dacă societatea emitentă este evidențiată în registrele publice ale BNR și/sau ale Autorității de Supraveghere Financiară (...)”.*

La solicitarea de mai sus, contestatoarea răspunde prin adresa nr. 329/23.08.2022, pag. 81 – 98, în anexa căreia transmite *„adresa primită de la ... SA, privind dovada că societatea noastră se încadrează în prevederile art. 36 alin. 1) din HG 395/2016 și documentele doveditoare privind dreptul de a emite instrumente de garantare, inclusiv contractul de colaborare între de ... SA și SRL”.*

În acest sens, din verificarea documentelor anexate dosarului cauzei, Consiliul reține că în cadrul adresei nr. 60/19.08.2022, pag. 81 – 82, se precizează următoarele: *„(...) ... SA este o societate financiară de creditare pe acțiuni înregistrată în Spania (funcționează în conformitate cu legislația spaniolă și europeană (...) are ca domeniu acreditat «activități financiare și creditare» (...) este acreditată de Ministerul Finanțelor din Spania (...) fiind specializată pe emiterea de garanții, în special pentru contracte ale căror beneficiari sunt autorități publice sau care decurg din finanțări din Fonduri Europene, toate acestea fiind asigurate și optimizate prin contracte de contragarantare (...) urmărindu-se cu rigurozitate îndeplinirea condițiilor impuse de legislația din țările în care activează și a directivelor europene în domeniul financiar (...) ... SA își desfășoară activitatea din România în baza principiului LPS și în conformitate cu art. 54 din OUG 99/2006, activitate armonizată prin colaborarea cu firma prestatoare de servicii ... SRL (...) Temeiul juridic pe care se bazează activitatea în cadrul Uniunii Europene și implicit în raport cu activitatea în România este reprezentat de directivele, regulamentele și recomandările UE în privința pieței financiare, a piețelor de capital și activităților bancare și nebancare, a dreptului libertății de a presta servicii și libertății de stabilire, toate acestea armonizate cu legislația autohtonă, în cazul de față cu legislația română. ... SA funcționează ca o instituție financiară dintr-un stat*

membru UE, respectiv Spania, având cod de activitate 6619, ceea ce permite conform armonizării clasificării activităților în UE următoarele activități financiare: tranzacții cu cărți de credit, emitere de garanții contractuale, leasing financiar, finanțare tranzacții comerciale, factoring, microcredite, scontare, acordare diferite tipuri credite sau orice formă de tranzacționare de credite, ceea ce se poate dovedi printr-un document de top Certificat Constatator emis de Registrul Comerțului din Spania, pe care vi-l punem la dispoziție în forma originală și tradus, anexat prezentei. (...) societatea noastră nu a avut evenimente sau divergențe de ordin juridic în activitatea sa cu clienții sau terții, nu a avut și nu are pe rol nicio acțiune judecătorească în vreun tribunal din Spania sau din altă țară membră a UE, nu a fost și nu este implicată în incidente bancare și nici în incidente de ordin financiar, penal sau administrativ cu terții – companii private sau organisme ale statelor membre în UE, ceea ce reprezintă o bună conduită (...) vă punem la dispoziție Certificatul actualizat, anexele și traducerile acestora, care atestă că ... SA are calificativul POZITIV dat de Ministerul Finanțelor din Spania (...) Vă mai comunicăm că s-a modificat adresa sediului pentru ... SRL, noua adresă fiind în Garanția de participare la licitație cu nr. AMA001661 din data de 16.08.2021, a fost emisă pe adresa sediului din Oradea, modificarea documentelor fiind în curs de actualizare, garanția își păstrează valabilitatea toate celelalte date fiind nemodificate”.

De asemenea, în cadrul contractului de colaborare, prezentat de către contestatoare, pag. 96 – 97, încheiat între ... SA și ... SRL, în data de 15.11.2018, se menționează că „obiectul contractului îl constituie reprezentarea pe teritoriul României a societății ... SA de către ... SRL și prestarea de servicii în numele acesteia”.

În urma analizării documentelor prezentate de către contestatoare, astfel cum au fost menționate anterior, conform celor consemnate în cadrul procesului verbal nr. 2/85168/31.08.2022 de analiză privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, pag. 64 – 71, autoritatea contractantă a respins oferta aparținând contestatoarei deoarece „garanția de participare la procedură nu este conform cerințelor solicitate, nu a prezentat nicio dovadă că instrumentul de garantare îndeplinește toate cerințele legale, respectiv dacă societatea emitentă este evidențiată în registrele publice ale BNR și/sau ale autorității de supraveghere financiară. Răspunsul prezentat a fost considerat neconcludent, ca urmare oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Față de cele de mai sus, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 45 alin. 1) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului (același act normativ invocat și de către autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere nr. 101464/12.10.2022, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 50544/14.10.20220, conform căroră „Instituțiile de credit autorizate și supravegheate de autoritatea

competentă dintr-un alt stat membru pot desfășura în România activitățile prevăzute la art. 18 alin. (1) lit. a) -n)¹ (...) **prin prestarea de servicii în mod direct**, dacă activitățile respective se regăsesc în autorizația acordată de autoritatea competentă din statul membru de origine (...)"'. La art. 18 alin. 1) din același act normativ se precizează că „Instituțiile de credit pot desfășura, în limita autorizației acordate, următoarele activități: f) emitere de garanții și asumare de angajamente”.

Astfel spus, după cum rezultă din motivarea anterioară, contestatoarea a prezentat în cadrul procedurii de atribuire aferentă scrisoarea de garanție/Instrument de garantare nr. AMA001661/16.08.2022, emisă de către garantul ... SA, operator economic aflat în Spania, țară membră a Uniunii Europene, care conform legislației autohtone, are dreptul de a presta, în mod direct, servicii financiare, fără nicio altă autorizare suplimentară.

În dovedirea respectării dispozițiilor legale anterior enunțate de către emitentul scrisorii de garanție (... SA), în anexa răspunsului nr. 60/19.08.2022, contestatoarea a prezentat și următoarele documente, sub forma de traducere legalizată:

- certificatul nr. 20218928624/26.10.202, pag. 84, emis de către ADMINISTRAȚIA FINANCIARĂ MADRID, potrivit căruia emitentul scrisorii de garanție „se află la zi cu plata obligațiilor sale fiscale”;
- raport de Informații generale comerciale, pag. 91 – 95, emis de către Registrul Comerțului din Madrid, în data de 09.12.2021, potrivit căruia, în cadrul obiectului de activitate al emitentului scrisorii de garanție, figurează „prestarea de servicii și activități auxiliare serviciilor financiare”.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că activitatea emitentului scrisorii de garantare, ... SA, se desfășoară în baza principiului liberei prestații de servicii, consacrat la art. 56 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (TFUE), care stipulează următoarele: „În conformitate cu dispozițiile ce urmează, sunt interzise restricțiile privind libera prestare a serviciilor în cadrul Uniunii cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat membru decât cel al beneficiarului serviciilor”.

Așadar, în temeiul principiului mai sus enunțat, libertatea de a furniza servicii se aplică tuturor serviciilor prestate, inclusiv celor financiare, motiv pentru care, pentru operatorii economici din statele membre ale Uniunii europene, respectiv din spațiul pieței unice (inclusiv România și Spania), nu se impune o anume autorizare în acest sens.

Prin urmare, Consiliul nu va putea lua în considerare afirmațiile autorității contractante din punctul de vedere nr. 101464/12.10.2022, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. .../..., potrivit cărora contestatoarea „nu a transmis dovezi cu privire la faptul că emitentul instrumentului de garantare este autorizat să-și desfășoare activitatea în România, fie

direct, fie prin reprezentant” prin raportare la art. 46 alin. 1) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului conform căroră „Pentru înființarea unei sucursale de către o instituție de credit dintr-un stat membru nu este necesară obținerea unei autorizații din partea Băncii Naționale a României (...).”

De altfel, în cadrul aceluiași punct de vedere mai sus menționat, chiar autoritatea contractantă recunoaște că *„nu a pus sub semnul îndoielii înscrisurile depuse de contestator sau legalitatea autorizării ... SA, în Spania”*, aspect care, în mod firesc, ar fi trebuit să conducă la considerarea răspunsului transmis de către contestatoare ca fiind concludent și nicidecum la respingerea ofertei acestuia.

Nu în ultimul rând, Consiliul nu va reține nici alegațiile autorității contractante potrivit căroră *„nu reiese foarte clar cine își asumă răspunderea în relația cu autoritatea contractantă”*, deoarece potrivit dispozițiilor art. 2321 din Codul Civil *„scrisoarea de garanție este angajamentul irevocabil și necondiționat prin care o persoană, denumită emitent, se obligă (...)”*, în cazul de față, societatea care își asumă răspunderea fiind ... SA, operator economic din Spania. În același sens, Consiliul consideră că nu există niciun dubiu în această privință, deoarece conform contractului de colaborare, reprezentantul firmei în România (... SRL) se ocupă strict cu activități de tipul *„să facă cunoscut în mod profesionist oferta de produse și servicii oferite de beneficiar”*.

În concluzie, Consiliul stabilește că răspunsul transmis de către contestatoare prin adresa nr. 60/19.08.2022, trebuie considerat concludent, fapt ce conduce la admiterea criticilor contestatoarei.

Față de aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și va anula raportul procedurii nr. 97822/04.10.2022, în partea care privește oferta contestatoarei, precum și toate actele subsecvente, inclusiv comunicarea rezultatului procedurii 98007/05.10.2022.

Va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu evaluarea ofertei contestatoarei și luarea în considerare a adresei nr. 60/19.08.2022, precum și a documentelor anexate, conform motivării aferente, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația nr. 398/10.10.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../..., formulată de către SC ... SRL, cu sediul în municipiul ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., ... și anulează raportul procedurii nr. 97822/04.10.2022, în partea care privește oferta contestatoarei, precum și toate actele subsecvente, inclusiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 98007/ 05.10.2022.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu evaluarea ofertei contestatoarei și luarea în considerare a adresei nr. 60/19.08.2022, precum și a documentelor anexate, conform motivării aferente, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...

Membru,

...

Membru,

...

