



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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționări a Contestațiilor cu nr...., depusă de... cu sediul în....., nr...., ap....., înregistrată la... sub nr...., având..., reprezentată convențional prin av....., nr..... 4...., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin Adresa nr....., consemnat în Raportul procedurii nr...., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, cod..., de către..., cu sediul în..... nr...., bl....., et...., ap....., având..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat admiterea contestației, anularea Raportului procedurii nr.... și a Comunicării privind rezultatul procedurii nr...., prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, obligarea autorității contractante la reluarea evaluării ofertei depuse de...., cu luarea în considerare a tuturor documentelor depuse în procedură, inclusiv a Scrisorii de garanție de participare seria TST nr...., emisă de... OU, și continuarea evaluării ofertei în conformitate cu Legea nr. 98/2016 și documentația de atribuire, obligarea autorității contractante la emiterea unui nou rezultat al procedurii, cu respectarea dispozițiilor legale și a considerentelor deciziei CNSC.

... 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... reclamă rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele de mai sus.

Contestatoarea critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă, susținând că aceasta este nelegală și netemeinică, pentru următoarele motive:

I. Contestatoarea susține că decizia de respingere a ofertei este nemotivată, întrucât autoritatea contractantă s-a limitat la a afirma că scrisoarea de garanție nu reprezintă o garanție valabilă, fără a indica cerința încălcată, dispozițiile legale incidente sau motivele pentru care documentele și clarificările depuse nu au fost considerate suficiente.

II. Arată că autoritatea contractantă a interpretat eronat și selectiv răspunsurile BNR și ASF, transformând lipsa competenței acestora de a se pronunța asupra valabilității garanției într-un argument pentru respingerea ofertei, deși niciuna dintre instituții nu a contestat legalitatea instrumentului de garantare.

III. Susține că garanția de participare îndeplinește cerințele Legii nr.... și ale dreptului..., fiind emisă de o instituție financiară nebancară autorizată în Estonia, iar lipsa înscrierii acesteia în registrele BNR sau ASF nu afectează valabilitatea garanției și nu poate justifica respingerea ofertei.

IV. Invocă jurisprudența Curții de Justiție a... și practica CNSC, potrivit căreia instituțiile... autorizate într-un stat... beneficiază de principiul recunoașterii mutuale și al liberei prestări a serviciilor, iar autoritatea contractantă avea obligația să efectueze verificări complete înainte de a respinge garanția.

V. Subliniază că practica altor autorități contractante confirmă acceptarea scrisorilor de garanție emise de... OU în proceduri similare, ceea ce demonstrează caracterul nejustificat al soluției adoptate în prezenta procedură.

VI. Critică faptul că autoritatea contractantă nu și-a exercitat rolul activ în verificarea statutului emitentului garanției, transferând în mod nejustificat asupra ofertantului obligația de a obține confirmări de la autoritățile din Estonia, deși putea realiza ea însăși aceste verificări.

VII. Arată că raportul procedurii conține o eroare materială evidentă privind data completării DUAЕ, aspect care, deși nu constituie singur motiv de anulare, confirmă caracterul superficial și lipsa de rigoare a procesului de evaluare.

Prin adresa nr.....N.S.C. sub nr...., autoritatea contractantă.... a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de...., solicitând respingerea acesteia ca nefondată și menținerea ca legale și temeinice a raportului procedurii nr.... și a comunicării rezultatului procedurii nr...., pentru următoarele motive:

I. Autoritatea contractantă arată că oferta contestatoarei a fost respinsă în mod legal ca inacceptabilă, întrucât garanția de participare nu a fost constituită în condițiile prevăzute de documentația de atribuire și de art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. Susține că a efectuat verificări complete privind emitentul garanției, prin consultarea registrelor relevante, solicitarea de puncte de vedere de la BNR, ASF și autoritățile competente din Estonia, precum și prin analizarea clarificărilor transmise de ofertantă.

II. Respinge critica privind lipsa motivării comunicării rezultatului procedurii, susținând că aceasta cuprinde analiza tuturor argumentelor și documentelor depuse de contestatoare, precum și temeiurile de fapt și de drept care au justificat respingerea ofertei.

III. Susține că nu a interpretat eronat răspunsurile BNR și ASF, acestea reprezentând doar o parte a procesului de evaluare.

Arată că lipsa competenței acestor autorități de a valida garanția nu echivalează cu confirmarea legalității acesteia și justifică verificări suplimentare.

IV. Arată că garanția de participare nu a fost emisă în condițiile legii, întrucât emitentul nu beneficiază de regimul pașaportului european, nu este supravegheat prudențial și trebuie să respecte cerințele legislației române atunci când prestează servicii cu efecte în România.

Invocă în acest sens răspunsurile autorităților estoniene și prevederile Legii nr.....

V. Susține că jurisprudența CJUE și deciziile CNSC invocate de contestatoare nu sunt aplicabile speței, deoarece privesc situații juridice diferite. Consideră că acestea nu înlătură obligația autorității contractante de a verifica dacă garanția de participare este emisă de o entitate care poate produce efectele juridice cerute de legislația achizițiilor publice.

Ulterior, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr..... informează Consiliul că este o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, că implementează în parteneriat cu-... de...", atașând adresei documentul „Extras_ Contract semnat _ T2S.R.L.”.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr....., depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., emisă de..., în valoare de..., potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de beneficiar privat, **a organizat procedura** de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...”.

Față de aceste aspecte coroborat cu prevederile art. 4 și 6 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 12 și art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 care dispun: „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond (...)*”, Consiliul a procedat, cu întâietate, la verificarea competenței sale în soluționarea contestației cu care a fost investit.

În acest sens, la solicitarea Consiliului.... a înaintat adresa, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., prin care a susținut că „este o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, **ce implementează în parteneriat cu**-... de...", atașând adresei documentul „Extras_ Contract semnat _ T2S.R.L.”.

De interes este faptul că.... a atașat adresei sus menționate contractul de finanțare nr...., părțile semnate fiind, pe de-o parte, ANC prin...., în calitate de beneficiar al finanțării, la art. 3 din contract fiind menționat partenerii implicați, respectiv....-lider, 2....-partener 2....-partener 3 și Academia de...-partener 3.

Așadar, din informațiile menționate reiese în mod indubitabil că.... nu are calitate de autoritate contractantă în accepțiunea art. 4 și art. 6 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, ci de beneficiar privat, partener în cadrul contractului menționat anterior.

... aplicabil în derularea procedurilor de achiziție pentru atribuirea contractelor de furnizare de produse, prestare de servicii, execuție de lucrări

finanțate din fondurile externe nerambursabile și rambursabile aferente Mecanismului de Redresare și Reziliență:

- „Capitolul 1 - SCOP „Raportat la principiile de mai sus... **document descrie condițiile și etapele minime pe care trebuie să le parcurgă... care achiziționează produse, servicii, lucrări**, anterior sau după semnarea **contractelor de finanțare, în cadrul proiectelor cu finanțare din fondurile externe nerambursabile și/sau rambursabile aferente Mecanismului de Redresare și Reziliență, alocate prin... de Redresare și Reziliență**, dar și condițiile și etapele minime care privesc verificarea acestor proceduri de achiziție și sancțiunile aferente, aplicabile de către autoritățile cu competențe în domeniu”

- pct.... **metodologic vine în sprijinul beneficiarilor... care nu intră sub incidența prevederilor art. 6 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice**, cu modificările și completările ulterioare.

- pct.... **Dacă beneficiarul privat nu intră sub incidența prevederilor art. 6 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice**, cu modificările și completările ulterioare și dacă valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute de art. 7 alin. (5) din același act normativ, **atunci beneficiarul privat achiziționează produse, servicii, lucrări aplicând instrucțiunile aferente procedurii competitive prevăzute la Capitolul 6 din... metodologic”.**

Verificând încadrarea.... în categoria autorităților contractante, astfel cum sunt acestea definite la art. 6 din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că aceasta nu are calitatea de autoritate contractantă, aceasta fiind societate pe acțiuni, înființată în anul....

Potrivit dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 7 din același act normativ aceasta se aplică pentru atribuirea de către un operator economic fără calitate de autoritatea contractantă în următoarele cazuri:

„(1) Prezenta lege se aplică pentru atribuirea de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă a unui **contract de lucrări**, în cazul în care se îndeplinesc **în mod cumulativ** următoarele condiții:

a) contractul este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50% din valoarea acestuia, de către o autoritate contractantă;

b) valoarea estimată, fără TVA, a contractului este egală sau mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. a);

c) **contractul include una dintre activitățile menționate la alin. (2).**

(2) Activitățile care fac obiectul alin. (1) lit. c) sunt următoarele:

a) lucrări de geniu civil;

b) lucrări de construcție pentru spitale, facilități destinate activităților sportive, recreative și de agrement, clădiri ale instituțiilor de învățământ preuniversitar și universitar și clădiri de uz administrativ.

(3) Prezenta lege se aplică pentru atribuirea de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă a unui **contract de servicii**, în cazul în care se îndeplinesc în **mod cumulativ** următoarele condiții:

a) contractul este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50% din valoarea acestuia, de către o autoritate contractantă;

b) valoarea estimată, fără TVA, a contractului este egală sau mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. c);

c) **contractul este în legătură cu un contract de lucrări care face obiectul alin. (1).**

(4) Autoritățile contractante care finanțează/subvenționează contractele menționate la alin. (1) și (3) au obligația de a urmări respectarea dispozițiilor prezentei legi atunci când nu atribuie ele însele contractul finanțat/subvenționat sau atunci când îl atribuie în numele și pentru alte entități.”

În acest sens, Consiliul constată că... a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, în baza ÎNDRUMARULUI METODOLOGIC PENTRU... aplicabil în derularea procedurilor de achiziție pentru atribuirea contractelor de furnizare de produse, prestare de servicii, execuție de lucrări finanțate din fondurile externe nerambursabile și rambursabile aferente Mecanismului de Redresare și Reziliență, prin inițierea unei proceduri competitive, potrivit documentelor depuse la dosarul cauzei și nu prin aplicarea dispozițiilor Legea nr. 98/2016, în sensul derulării unei proceduri de achiziție publică în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică astfel cum este definit la art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016.

Raporturile juridice dintre beneficiarul privat și ofertantul declarat câștigător sunt reglementate de contractul de furnizare definit în cadrul Îndrumarului la cap. Capitolul 3 - TERMENI ȘI DEFINIȚII pct.... ca fiind un contract cu titlu oneros, încheiat în scris între un beneficiar privat și unul sau mai mulți operatori economici, având ca obiectiv furnizarea de produse ce poate include operațiuni cu titlu accesoriu (ex. instalare, punere în funcțiune, testare, instruirea personalului pentru utilizare, servicii de garanție extinsă pe toată perioada de sustenabilitate), nefiind astfel incidente dispozițiile de legislației în domeniul achizițiilor publice.

Față de cele relatate, Consiliul reține că, întrucât... nu se încadrează în categoria autorităților contractante reglementate de art. 6 din Legea nr. 98/2016, beneficiarul privat nu avea posibilitatea să organizeze o procedură de atribuire în baza respectivei legi, astfel că soluționarea unor eventuale contestații nu ar intra în sfera de competență a C.N.S.C.

Potrivit art. 3 din Legea nr. 101/2016, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent material să soluționeze contestații formulate de operatorii economici care se consideră vătămați prin acte ale autorității contractante, emise în cadrul procedurilor organizate în conformitate cu prevederile Legea nr. 98/2016, iar în conformitate cu dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedura de atribuire [...]”, însă termenul „procedură de atribuire” prevăzut la art. 68 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 „Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât valorile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele:

- a) licitația deschisă;
- b) licitația restrânsă;
- c) negocierea competitivă;
- d) dialogul competitiv;
- e) parteneriatul pentru inovare;
- f) negocierea fără publicare prealabilă;
- g) concursul de soluții;
- h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice;

i) *procedura simplificată*”,
procedura în cauză, așa cum a fost organizată de către...., neregăsindu-se printre acestea, deoarece temeiul de drept al acesteia nu îl constituie Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, Consiliul reține în soluționare și dispozițiile:

- art. 1 din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră „*Prezenta lege reglementează modul de realizare a achizițiilor publice, procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică și de organizare a concursurilor de soluții, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor de achiziție publică*”

- art. 1 din Legea nr. 101/2016 „*Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor*”

În speță, așa cum se poate observa... nu a organizat o procedură de atribuire prin aplicarea Legii nr...., ci o procedură competitivă în baza ÎNDRUMARULUI METODOLOGIC PENTRU... aplicabil în derularea procedurilor de achiziție pentru atribuirea contractelor de furnizare de produse, prestare de servicii, execuție de lucrări finanțate din fondurile externe nerambursabile și rambursabile aferente Mecanismului de Redresare și Reziliență, cu scopul achiziționării de echipamente, drept urmare nici soluționarea contestațiilor nu poate fi invocată prin raportare la dispozițiile Legea nr. 101/2016.

Față de aceste aspecte nici beneficiarul privat și nici participanții la procedură nu pot deroga de la prevederile legale, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea contestațiilor ce vizează proceduri unde legea nu obligă la aplicarea Legea nr. 98/2016, iar beneficiarul privat, în momentul organizării procedurii de atribuire a unui contract, nu le aplică.

Astfel, potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este competent să soluționeze jurisdicțional doar contestațiile formulate împotriva unui act al autorității contractante care conduce la încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și a procedurilor care intră în sfera de aplicare a dispozițiilor Legii nr...., sens în care poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile Legii nr.....

Față de tipul de entitate juridică.... nu poate fi încadrată la categoriile de autorități contractante enumerate la art. 6 din Legea nr. 98/2016.

În consecință... nu are calitatea de autoritate contractantă în sensul Legii nr.....

Ținând cont de aceste aspecte rezultă, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. l) din Legea nr. 98/2016, că nici contractul de furnizare care urmează a se încheia ca urmare a derulării prezentei proceduri competitive nu poate fi calificat ca fiind contract de achiziție publică, acest lucru presupunând calitatea de autoritate contractantă a achizitorului, contractul în cauză îmbrăcând forma unui contract care se atribuie de o entitate contractantă unei societăți comerciale în mod competitiv.

Adăugăm că prevederile documentelor legale care stau la baza organizării procedurii nu acordă Consiliului competență de soluționare a contestațiilor formulate în cadrul procedurii sau în temeiul lor. Dat fiind că normele de competență „*ratione materie*” sunt de ordine publică, părțile nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce vizează proceduri nereglementate sau exceptate de la prevederile Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, în cauză nefiind aplicabile prevederile Legii nr.... și ținând cont de prevederile art.... din cadrul Îndrumarului „... Contestarea - După finalizarea evaluării ofertelor, beneficiarul privat trebuie să stabilească un termen până la care operatorii economici care se consideră lezați în drepturile lor ca urmare a modului în care s-a desfășurat procedura competitivă sau ca urmare a deciziilor luate în urma procesului de evaluare a ofertelor pot să înainteze contestații. Termenul va fi comunicat pe email împreună cu Raportul procedurii de achiziție către toți operatorii economici care au înaintat oferte. (se recomandă includerea unei mențiuni din care să rezulte că documentul este în fază de proiect). Contestarea va include o etapă la beneficiarul privat cu termen de 5 zile lucrătoare de la momentul transmiterii proiectului de Raport al procedurii de achiziției urmată de o a **doua etapă în care ofertanții au posibilitatea de a se adresa instanțelor de judecată competente**” competența materială aparține... de la sediul..... 95 pct. (1) din Codul de procedură civilă.

Cele expuse mai sus formează convingerea Consiliului că soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a acestuia și, constatând lipsa sa de competență în soluționarea contestației, urmează a face aplicarea art. 12 alin. (3) Legea nr. 101/2016.

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competența de soluționare a contestației către..., pe raza căreia își are sediul beneficiarul privat.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția de necompetență materială a Consiliului, invocată din oficiu, și declină competența de soluționare a contestației formulate de..., în contradictoriu cu..., în calitate de beneficiar privat, în favoarea....

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către....

Fără cale de atac.

Completul de soluționare a contestațiilor,

.....,

...

...

... în 4 (patru) exemplare originale.