



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

DECIZIE

Nr.

Data:...

Prin contestația nr. 779/07.10.2021 înregistrată la CNSC cu nr. ..., depusă de către SC SRL, în calitate de lider al Asocierii SRL - ..., cu sediul social în, ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având ..., reprezentată legal de administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat de, cu sediul în localitatea, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, cod CPV 45210000-2, s-a solicitat:

(i) - constatarea faptului că decizia de respingere a ofertei contestatorului din procedura de atribuire este netemeinică și nelegală în condițiile în care acesta a constituit garanția de participare cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire;

(ii) - pe cale de consecință, anularea în parte a Raportului procedurii de atribuire nr. 31896/01.10.2021, a comunicării nr. 31904/01.10.2021 și a oricăror alte acte prin intermediul cărora s-a reținut că petentul nu a constituit garanția de participare cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire.

Prin contestația nr. 1400/08.10.2021 înregistrată la CNSC cu nr. ..., depusă de către SC SRL, cu sediul în, str....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal de administrator ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat de, cu sediul în localitatea, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași procedurii, s-a solicitat:

a) constatarea faptului că petentul a constituit garanția de participare cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire și a dispozițiilor legale;

b) obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea cerințelor stabilite prin documentația de atribuire și a dispozițiilor legale aplicabile;

c) pe cale de consecință, obligarea autorității contractantă la anularea tuturor actelor administrative prin care s-a stabilit că petentul nu a constituit garanția de participare cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire; implicit, solicită anularea deciziei privind anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin evaluarea ofertei contestatorului conform prevederilor legale aplicabile.

În temeiul art. 17 alin. (2) 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, cele două contestații au fost conexe.

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 SC SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire, respectiv Raportul procedurii nr. 31896/01.10.2021 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 31904/01.10.2021, prin care oferta sa a fost respinsă din procedura de atribuire întrucât nu ar fi constituit garanția de participare cu respectarea cerinței din documentația de atribuire potrivit căreia garanția de participare trebuie constituită în numele Asocierii.

În acest sens, contestatorul menționează că, la Cap. III.1.6.a) Garanție de participare din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit următoarea cerință:

„N3: În cazul participării la procedură cu ofertă comună, GP trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar de toți membrii grupului de operatori economici.”

În raport cu această cerință, contestatorul susține că a constituit garanția de participare prin Polița de asigurare seria ... în numele ofertantului reprezentat de Asocierea formată din doi operatori economici, respectiv S.R.L. (Lider) și ... S.R.L.

Prin adresa nr. 30416/17.09.2021, comisia de evaluare a solicitat petentului clarificări în sensul de justifica de ce garanția de participare prezentată în ofertă nu a fost constituită în numele Asocierii formate din trei operatori economici, respectiv S.R.L., .. S.R.L.

În răspuns la această solicitare, prin adresa nr. 728/21.09.2021, contestatorul a precizat că în cadrul acestei proceduri de atribuire calitatea de ofertant o are în mod evident Asocierea formată din operatorii

economici S.R.L. (Lider) și ... S.R.L. în vreme ce operatorul economic ... S.R.L. are doar calitatea de subcontractant.

Se reține că autoritatea contractantă nu a luat în considerare explicațiile furnizate de contestator și a stabilit că are obligația de a constitui garanția de participare în numele Asocierii formate din operatorii economici S.R.L., ... S.R.L. în susținerea acestei decizii autoritatea contractantă raportându-se exclusiv la o serie de informații generate automat de SEAP fără însă a verifica și documentele care compun oferta sa.

Așadar, petentul subliniază că chestiunea care se impune a fi lămurită pentru soluționarea contestației este reprezentată de stabilirea componenței Asocierii care participă la procedura de atribuire.

După cum a arătat și autorității contractante, petentul face mențiunea că, calitatea de ofertant în cadrul prezentei proceduri de atribuire o are Asocierea formată din S.R.L. (Lider) și ... S.R.L. în vreme ce operatorul economic ... S.R.L. are calitatea de subcontractant.

În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să observe că în tot cuprinsul ofertei sale (cu excepția unei secțiuni din DUAE unde informațiile se preiau în mod automat) este menționat că oferta este depusă de Asocierea formată exclusiv din doi operatori economici, respectiv S.R.L. (Lider) și ... S.R.L. după cum exemplifică în cele ce urmează:

> în fișierul intitulat Documente calificare.pdf, la pag. 3-5 din fișier se regăsește Acordul de asociere nr. 686 din 09.09.2021 care este încheiat exclusiv între S.R.L. și ... S.R.L.

Acest document respectă formatul impus de autoritatea contractantă prin Formularul nr. 4 iar în tot cuprinsul acestuia se menționează că Asocierea este formată doar din acești doi operatori economici;

> în tot cuprinsul propunerii tehnice se menționează că Asocierea este formată exclusiv din operatorii economici S.R.L. și ... S.R.L.;

De asemenea, în tot cuprinsul ofertei sale (cu excepția aceleiași secțiuni din DUAE unde informațiile se preiau în mod automat) este menționat că operatorul economic ... S.R.L. are calitatea de subcontractant, după cum exemplifică în cele ce urmează:

> În cadrul DUAE al ofertantului asociat S.R.L., în Partea IV: Criterii de selecție, secțiunea C: CAPACITATEA TEHNICĂ ȘI PROFESIONALĂ, rubrica Proporția de subcontractare este indicat operatorul economic ... S.R.L. cu o cotă de participare de 11,72% reprezentând execuție lucrări instalații electrice (a se vedea imagine de mai jos)

Proporția de subcontractare	Descriere: Praportia de subcontractare este de 14,90 % cuprinzând : •S.C. ... S.R.L. - 1,75% reprezentând - execuție lucrări - instalații de limitare și stingere incendiu, termoprotecție, ignifugare; •S.C. ... S.R.L. - 0,94% reprezentând - furnizare, montare, instalare lifturi; •S.C. ... S.R.L. - 0,01% reprezentând
-----------------------------	---

	execuție lucrări - gaze naturale; •S.C. ... S.R.L. - 0,48 % reprezentând - execuție lucrări de instalații de termice - centrale termice; •S.C. ... S.R.L. - 11,72 % reprezentând - execuție lucrări - instalații electrice;
--	---

> În fișierul intitulat Documente calificare.pdf, la pag. 61-62 din fișier se regăsește documentul intitulat ACORD DE SUBCONTRACTARE nr. 691/09.09.2021 încheiat între asociatul S.R.L. și ... S.R.L. în calitate de subcontractant.

La art. 3 din Acord se menționează că valoarea estimată a lucrărilor ce se vor realiza de subcontractantul S.C. ... S.R.L., reprezintă 11,72% din valoarea totală a lucrărilor oferite pe această cale fiind confirmate informațiile din DUAЕ prezentat de liderul ... S.R.L. potrivit cărora ... S.R.L. are calitatea de subcontractant și va realiza lucrări corespunzătoare unei cote de 11,72%.

> În fișierul intitulat Documente calificare.pdf, la pag. 70 din fișier se regăsește documentul intitulat DECLARAȚIE privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016 emis de ... S.R.L. în calitate de subcontractant.

> La pag. 1858 din propunerea tehnică este prezentată o Declarație din partea ... S.R.L. în care se menționează, din nou, că are calitatea de subcontractant.

> La pag. 745 din propunerea tehnică se regăsesc informații potrivit cărora Asocierea este formată exclusiv de operatorii economici S.R.L. și ... S.R.L. în vreme ce operatorul economic ... S.R.L. are calitatea de subcontractant. (a se vedea imaginea de mai jos)

2.1.1. Datele de identificare ale obiectivului contractului (denumire, beneficiar, contractam, subantreprenor:
Denumirea lucrării: "...". Beneficiarul investiției - UAT Orasul Contractant - Asocierea S.R.L. & ... S.R.L. Subantreprenori: - ...S.R.L. - Execuție lucrări —gaze naturale; - ... S.R.L. - Execuție lucrări de instalații de termice - centrale termice; - ... S.R.L. - Execuție lucrări instalații de limitare și stingere incendiu, termoprotecție, ignifugare; - ... S.R.L. - Furnizare, montare, instalare lifturi; - ... S.R.L. - Execuție lucrări – instalații electrice; Amplasamentul - Orașul, Județul, șos. ...

> Similar, în Organigrama de la pag. 1887 din propunerea tehnică operatorul economic ... S.R.L. este menționat în categoria subcontractanților. (a se vedea imaginea de mai jos)

SUBCONTRACTANȚI: ...S.R.L. - Execuție lucrări - gaze naturale; ... S.R.L. - Execuție lucrări de instalații de termice - centrale termice; ... S.R.L. - Execuție lucrări instalații de limitare și stingere incendiu, termoprotecție, ignifugare;

... S.R.L. - Furnizare, montare, instalare lifturi; ... S.R.L. - Execuție lucrări - instalații electrice;
--

Pe de altă parte, contestatorul remarcă faptul că autoritatea contractantă a înțeles să analizeze răspunsul său dintr-o perspectivă formalistă și a stabilit componența asocierii prin raportare la anumite informații generate automat de SEAP fără a analiza și documentele care compun oferta sa.

În fapt, contestatorul arată că informațiile generate automat de SEAP potrivit cărora operatorul economic ... S.R.L. ar avea calitatea de ofertant sunt rezultatul unei erori materiale de introducere a datelor în SEAP de către liderul Asocierii ... S.R.L. care a fost însărcinat cu îndeplinirea formalităților pentru depunerea ofertei și din contul căruia s-a depus oferta. Mai precis, în momentul în care liderul S.R.L. a introdus datele în SEAP pentru a configura grupul de operatori economici care participă la procedura de atribuire, din eroare a alocat operatorului economic ... S.R.L. calitatea de ofertant și nu pe aceea de subcontractant așa cum părțile stabiliseră anterior prin Acordul de subcontractare.

Pe de altă parte, contestatorul apreciază că această eroare de introducere a informației în SEAP reprezintă un veritabil viciu de formă așa cum este aceasta definit la art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 potrivit căruia:

„(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”

Astfel, petentul subliniază că corectarea erorii reprezentată de informația potrivit căreia operatorul economic ... S.R.L. ar avea calitatea de ofertant este susținută în mod neechivoc de conținutul tuturor celorlalte informații existente inițial în alte documente prezentate de acesta, de unde rezultă indubitabil că acest operator economic are calitatea de subcontractant.

Se menționează de către petent faptul că componența unei Asocieri de operatori economici care participă la procedura de atribuire se stabilește prin voința părților exprimată într-un înscris denumit Acord de asociere care, potrivit art. 147 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, se constituie ca parte integrantă a contractului de achiziție publică.

Această concluzie se impune în opinia contestatorului inclusiv dacă ne raportăm la cerința stabilită la secțiunea III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din Fișa de date a achiziției unde, autoritatea contractantă a specificat faptul că, în măsura în care este cazul, o dată cu DUAE se prezintă și acordul de asociere sens în care, prin Formularul nr. 4 s-a pus la dispoziția operatorilor economici și modelul de Acord de asociere ce trebuie prezentat de ofertant.

De altfel, contestatorul afirmă că această cerință nu reprezintă altceva decât aplicarea dispozițiilor art. 1950 și art. 1954 din Codul civil potrivit cărora contractul de Asocierie se probează numai prin înscris iar forma, întinderea și condițiile Asocierii se stabilesc exclusiv prin voința părților. Prin urmare, componența unei Asocieri nu este stabilită de anumite informații preluate automat în DUAE sau care sunt generate automat de aplicația SEAP ci de voința exprimată și materializată de operatorii economici prin încheierea unui înscris cu valoarea probantă edificatoare, respectiv Acordul de asociere.

În sensul celor de mai sus, contestatorul a prezentat autorității contractante și declarații pe propria răspundere din partea operatorilor economici S.R.L. și ... S.R.L. potrivit cărora Asocieria care participă la procedura de atribuire este formată exclusiv din acești doi operatori economici, așa cum rezultă din Acordul de asociere nr. 686/09.09.2021 prezentat în ofertă.

Similar, calitatea de subcontract se dovedește printr-un înscris care reflectă acordul exprimat de părți cu privire la obiectul și întinderea subcontractării, așa cum rezultă din analiza prevederilor art. 150 alin. (2) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora:

„(2) În vederea determinării valorii creanței, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia, valoarea la care se ridică partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte.”

Or, după cum a mai arătat petentul, în fișierul Documente calificare.pdf la pag. 61-62 din fișier a prezentat documentul intitulat ACORD DE SUBCONTRACTARE nr. 691/09.09.2021 încheiat între liderul S.R.L. și ... S.R.L. prin care acest din urmă operator economic și-a exprimat voința de a participa la executarea contractului în calitate de subcontractant. Și de această dată contestatorul înțelege să facă referire la cerința stabilită la secțiunea III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din Fișa de date a achiziției unde, autoritatea contractantă a specificat faptul că, în măsura în care este cazul, o dată cu DUAE se prezintă și acordul de subcontractare, sens în care, prin Formularul nr. 5 s-a pus la dispoziția operatorilor economici și modelul de Acord de subcontractare ce trebuia prezentat de ofertant. În același sens, la secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date a achiziției s-a menționat că în cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul va prezenta odată cu depunerea DUAE, acordul de subcontractare. (model orientativ Formular anexat). În acest sens contestatorul a prezentat autorității contractante și o declarație pe propria răspundere din partea operatorului economic ... S.R.L. potrivit căreia acesta și-a exprimat acordul de a participa la executarea contractului din poziția de subcontractant, așa cum rezultă din Acordul de subcontractare nr. 691/09.09.2021 prezentat în ofertă.

Așadar, este limpede pentru contestator că atât potrivit dispozițiilor legale cât și din cerințelor documentației de atribuire calitatea de asociat se dovedește prin Acordul de asociere în vreme ce calitatea de subcontractant se dovedește prin Acordul de subcontractare.

Dacă ar accepta raționamentul autorității contractante potrivit căruia calitatea de ofertant în procedura de atribuire o are Asocierea formată din ... S.R.L., contestatorul se întreabă cum ar putea să justifice ulterior de ce din conținutul întregii oferte rezultă că, de fapt, Asocierea este formată exclusiv din si ... S.R.L. în vreme ce operatorul economic ... S.R.L. are doar calitatea de subcontractant?

Se menționează de către petent faptul că, împrejurarea că în cazul de față ne găsim în ipoteza unei erori formale este confirmată și de opinia CNSC exprimată într-o decizie publicată în Buletinul Oficial unde acesta reține următoarele:

„O eroare formală este, de pildă, menționarea greșită a calității de terț susținător în formularul DUAE în loc de subantreprenor, deși în restul informațiilor din DUAE se menționează respectiva calitate, inversarea unor cifre, lipsa unei bife într-o căsuță și alte asemenea erori formale, în niciun caz nedepunere DUAE.”

Având în vedere toate cele mai sus arătate, contestatorul apreciază că garanția de participare ce face obiectul Poliței de asigurare seria BBe nr. 00009618/10.09.2021 și pe care a prezentat-o în ofertă, respectă întru totul cerința stabilită prin Fișa de date a achiziției potrivit căreia *în cazul participării la procedură cu ofertă comună, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar de toți membrii grupului de operatori economici* iar autoritatea contractantă în mod netemeinic și nelegal a procedat la respingerea ofertei sale din procedura de atribuire.

Pe cale de consecință, petentul solicită admiterea prezentei contestații conform motivării expuse, anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor care au stat la baza întocmirii acestuia precum și a comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire cu consecința obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, în conformitate cu cele reținute prin decizia pe care Consiliul o va pronunța.

Prin adresa nr. 32942/11.10.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 53210/11.10.2021, autoritatea contractantă, formulează Punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, învederând următoarele:

Referitor la criticile contestatoarei privind motivul de excludere prevăzut de art. 215. alin. (4) din Lege și ale art. 137, alin. (1) și (2) lit. b). din HG 395/2016, invocat de către Autoritatea Contractantă pentru Asocierea (Leader), ..., ..., ofertant în Asociere, Autoritatea consideră criticile aduse ca fiind neîntemeiate și nejustificate, solicitând respingerea contestației, pe baza următoarelor argumente:

Ofertantul nu îndeplinește cerința minimă privind modalitatea de constituire a garanției de participare, respectiv garanția de participare constituită nu respectă cerința minimă de calificare prevăzută în Fișa de date, la secțiunea III.1.6.a) Garanția de participare: "[...] N3: În cazul participării la procedură cu ofertă comună, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar de toți membrii grupului de operatori economici."

În fapt, autoritatea contractantă susține că la data limită de depunere a ofertelor, 16.09.2021, contestatorul a participat în calitate de ofertant în Asocierea (Leader), ..., ..., astfel cum reiese din Procesul verbal de vizualizare a ofertelor nr. 30402/17.09.2021 și din Declarația de participare publicată în cadrul procedurii și al cărui conținut este generat în mod automat de către SEAP, documente ce se regăsesc atașate la prezentul punct de vedere.

Autoritatea contractantă susține că din declarația de participare publicată, reiese că ofertantul este Asocierea (Leader), ..., ...

În cadrul ședinței de vizualizare a ofertelor, comisia de evaluare a verificat și garanțiile de participare constituite de către ofertanți.

Urmare a evaluării garanției de participare seria ..., constituită de către contestator, comisia a sesizat următoarea inadvertență:

Ofertantul în numele căruia garanția de participare a fost constituită este Asocierea dintre (Leader) și ..., astfel cum reiese din polița de asigurare emisă de

Urmare a neconformității sesizate, comisia de evaluare a procedat la vizualizarea formularelor DUAE din secțiunea DUAE din platforma SEAP, formulare completate de către ofertant și generate în mod automat de către platformă și a constatat că ofertantul este Asocierea (Leader), ..., ...

Din formularele DUAE completate și generate în mod automat de către platforma SEAP cât și din formularele semnate electronic și depuse în secțiunea Documente de calificare, reiese în mod evident că ofertantul este Asocierea (Leader), ..., ..., contrar susținerilor contestatorului.

Autoritatea contractantă atașează formularele DUAE completate de către ofertant în secțiunea DUAE cât și pe cele semnate electronic și încărcate în secțiunea Documente de calificare.

Astfel, Autoritatea remarcă faptul că în toate formularele DUAE depuse atât de către asociați cât și de către subcontractanți, la secțiunea A: INFORMAȚII PRIVIND OPERATORUL ECONOMIC este menționat grupul de operatori economici astfel:

Vă rugăm să precizați rolul operatorului economic în cadrul grupului Vă rugăm să îi identificați pe ceilalți operatori economici care participă la procedura de achiziție publică împreună	Modalitatea de participare: Asociere Ofertantul care a depus oferta: cu rol de: Ofertant Lider Membrii participanți: ... are rol de: Ofertant ..., are rol de: Subcontractant ... are rol de: Subcontractant ... are rol de: Subcontractant ..., are rol de: Ofertant
---	--

Din documentele de calificare depuse, comisia a constatat că acordul de asociere nr. 686/09.09.2021 este încheiat între, ofertant lider si ..., ofertant asociat și că ... SRL este subcontractant conform acordului de subcontractare nr. 691/09.09.2021, deși ofertantul înscris în procedură este Asocierea (Leader), ..., ...

Urmare a inadvertenței constatate, și anume că ofertantul la procedură este Asocierea (Leader), ..., ... și că garanția de participare este constituită în numele Asocierii dintre (Leader) și ..., autoritatea contractantă a solicitat clarificarea nr. 30416/17.09.2021, clarificare la care contestatorul a răspuns prin adresa nr. 728/21.09.2021.

Se reține că în răspunsul său la solicitarea de clarificări, contestatorul invocă propria culpă cu privire la modalitatea de înscriere în procedură, astfel cum reiese din pag. 4 a răspunsului oferit la solicitarea de clarificări:

Din solicitarea dvs. de clarificare deducem că ați determinat componența asocierii prin raportare la anumite informații incluse în DUAE, respectiv cele din Partea II: Informații referitoare la operatorul economic secțiunea A: INFORMAȚII PRIVIND OPERATORUL ECONOMIC, rubrica cu nr. 8 unde în dreptul operatorului economic ... S.R.L. se menționează că acesta are rol de ofertant.

Informația respectivă este însă una izolată și NU reflectă voința exprimată de operatorii economiei care participă la această procedură de atribuire. În fapt, informația în cauză este rezultatul unei erori materiale de introducere a datelor în SEAP de către liderul Asocierii S.R.L. care a fost însărcinat cu îndeplinirea formalităților pentru depunerea ofertei și din contul căruia s-a depus oferta. Mai precis, în momentul în care liderul S.R.L. a format grupul de operatori economici care participă la procedura de atribuire, din eroare a alocat operatorului economic ... S.R.L. calitatea de ofertant și nu pe aceea de subcontractant așa cum părțile stabiliseră anterior prin Acordul de subcontractare.

Odată ce sunt introduse aceste informații în SEAP, aplicația le preia și le completează automat în Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, secțiunea A: INFORMAȚII PRIVIND OPERATORUL ECONOMIC, rubrica cu nr. 8 din DUAE, fără ca vreun operator economic să aibă posibilitatea de a opera vreo modificare în SEAP. De aceea, niciunul dintre operatorii economici nici măcar nu au mai verificat informațiile de la acea secțiune a DUAE și au transmis documentele cu informațiile generate automat de SEAP.

De altfel, această situație este confirmată și de modul identic în care sunt prezentate informațiile la această secțiune în toate DUAE depuse în ofertă.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază că eroarea de înscriere în procedură pe care contestatoarea o invocă atât în răspunsul său la solicitarea de clarificări cât și în contestația depusă, citează:

Pe de altă parte, această eroare de introducere a informației în SEAP (preluată automat în DUAE) reprezintă un veritabil viciu de formă așa cum este aceasta definit la art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 potrivit căruia:

„ (3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare; nefiind susceptibile de a produce, un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”,

nu poate fi încadrată la viciu de formă întrucât este o eroare de operare a platformei SEAP, operațiune ireversibilă după data limită de depunere a ofertelor atât pentru ofertant cât și pentru Autoritatea Contractantă, îndreptarea acestei erori neputându-se realiza de către niciuna dintre părțile implicate în procedură.

Astfel, autoritatea contractantă opinează că completarea eronată a anumitor secțiuni în SEAP, și anume înscrierea eronată în procedură de către ofertant, influențează întreg procesul de desfășurare on-line a procedurii de atribuire, respectiv completarea și publicarea declarației de participare, formularului de integritate, a comunicărilor și a anunțului de atribuire de către Autoritatea Contractantă și mai mult decât atât, înscrierea eronată la procedură afectează dreptul Autorității Contractante de a se proteja corespunzător față de un eventual comportament neadecvat al ofertantului, neputând emite pretenții asupra garanției de participare astfel cum a fost aceasta constituită de către contestatoare, în cazul în care ar deveni aplicabile prevederile art. 37 din HG nr. 395/2016.

De altfel, autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere că a menționat în cadrul fișei de date a achiziției cerințe exprese vizavi de modalitatea de desfășurare și modul de depunere a ofertelor, respectiv:

IV.1.1 Tipul procedurii și modalitatea de desfășurare:

IV.1.1.a) Modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire:

Online

IV.1.1.b) Tipul Procedurii

Procedura simplificată

Într-o sigură etapă

IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei

Pentru a putea participa la procedura de atribuire desfășurată integral prin mijloace electronice operatorii economici au obligația să se înregistreze în Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), conform Legii nr. 98/2016. AC acceptă numai ofertele depuse online în SEAP. Adresa la care se depune oferta este www.e-licitatie.ro. DUAE completat cu informațiile aferente operatorului economic participant la procedura de atribuire, propunerea tehnică și propunerea financiară vor fi transmise în format electronic/ prin mijloace electronice.

Documentele precizate mai sus, respectiv fișierele care vor fi încărcate în SEAP de către ofertant, vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă a

reprezentantului legal/împuternicit al operatorului economic în funcție de calitatea acestuia - asociat/terț/subcontractant.

Prețul se criptează, iar documentele ce conțin elemente de preț se semnalează corespunzător.

Se reține că relevante pentru importanța pe care legiuitorul a acordat-o pentru desfășurarea on-line a procedurii de atribuire cât și a modalității de ofertare sunt și următoarele prevederi:

Art. 59, alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016:

(1) În cazul în care autoritatea contractantă solicită îndeplinirea de către ofertanți a unor criterii de calificare, aceasta are obligația de a introduce în SEAP informații referitoare la forma și condițiile în care se demonstrează îndeplinirea de către operatorii economici a acestor criterii.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să solicite modificarea, iar operatorul SEAP nu are dreptul să modifice informațiile de natură să afecteze funcționarea sistemului informatic și/sau desfășurarea procedurii.

Art. 60, alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016:

(1) Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare.

(4) Documentele prevăzute la alin. (1) vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii și încărcate în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic și numai de către operatorii economici înregistrați.

Art. 104, alin. (1) din HG nr. 395/2016:

(1) Autoritatea contractantă aplică procedura simplificată prin mijloace electronice, situație în care numai operatorii economici înregistrați în SEAP pot depune ofertă.

Art. 123 alin. (2) din HG nr. 395/2016:

(2) Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfășoară prin intermediul SEAP.

Art. 125 din HG nr. 395/2016:

Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.

Față de aspectele menționate mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca prin decizia pe care o va pronunța, în principal, să constate că decizia autorității de a respinge oferta depusă de către contestator a fost una legală, că susținerile contestatorului sunt neîntemeiate și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulată de SC SRL ca neîntemeiată.

Cu adresa nr. 802/18.10.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. ... SC SRL depune Concluzii scrise la punctul de vedere al autorității contractante, prin care reia argumentele expuse inițial în cuprinsul

contestației față de motivul respingerii ofertei sale din procedura de atribuire, concluzionând următoarele:

Asocierea participantă la procedura de atribuire este formată din doar doi operatori economici, respectiv din S.C. S.R.L. și S.C. ... S.R.L., astfel cum rezultă din documentele justificative depuse în cadrul ofertei, iar afirmațiile autorității contractante se întemeiază pe o serie de date izolate care nu au nici cea mai mică legătură cu voința exprimată de părți pentru participarea la procedura de atribuire.

Contestatorul înțelege să facă referire și la Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emisă de ANAP potrivit căreia, în situația în care în cadrul DUAE există informații contradictorii, atunci ofertantul are dreptul de a corecta informația eronată.

Or, având în vedere informațiile contradictorii din DUAE, respectiv:

- cea completată automat de SEAP în Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, secțiunea A: INFORMAȚII PRIVIND OPERATORUL ECONOMIC, rubrica cu nr. 8 din DUAE potrivit căreia operatorul economic ... S.R.L. are calitatea de „ofertant”

- și informația completată de liderul S.R.L., în Partea IV: Criterii de selecție, secțiunea C: CAPACITATEA TEHNICĂ ȘI PROFESIONALĂ, rubrica Proporția de subcontractare unde este indicat operatorul economic ... S.R.L. cu o cotă de participare de 11,72% reprezentând execuție lucrări instalații electrice,

contestatorul apreciază că ne găsim în situația unei inadvertențe de formă care poate fi corectată de acesta.

Contestatorul este de părere că autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertei sale într-o manieră exclusiv formalistă fără a analiza celelalte documente depuse în ofertă. Concluzia potrivit căreia garanția de participare trebuie constituită în numele Asocierii S.C. S.R.L. - S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. este fundamental greșită și se întemeiază pe elemente de context care nu au nici cea mai mică legătură cu voința exprimată de părți pentru participarea la procedura de atribuire.

Se menționează de către petent că autoritatea contractantă a ignorat total răspunsul de clarificare prin care acesta a demonstrat că informațiile generate/completate automat de SEAP sunt rezultatul unei erori materiale de accesare a facilităților tehnice din SEAP și a ales să îi evalueze oferta cu încălcarea flagrantă a principiului proporționalității.

Contestatorul opinează că orice demers realizat de autoritatea contractantă în scopul solicitărilor de clarificare ar trebui să aibă rolul de a lămuri anumite aspecte în legătură cu modul de elaborare a ofertelor însă, în cazul de față, solicitarea de clarificare transmisă lui pare că a avut un caracter exclusiv formal. În nici un moment autoritatea contractantă nu pare că a intenționat cu adevărat să evalueze oferta într-o manieră rezonabilă, urmărind doar să-și procure așa zise „argumente” pentru a fundamenta decizia de respingere a ofertei. Petentul se întreabă ce altă concluzie poate trage când autoritatea contractantă omite să aducă în discuție toate

argumentele prezentate de acesta referitoare la componența asocierii ca și când acestea nu ar exista?

Contestatorul subliniază că afirmațiile autorității contractante potrivit cărora informațiile introduse eronat în platforma SEAP nu pot face obiectul corecției unor vicii de formă sunt nefondate. Informația eronată introdusă în SEAP cu privire la calitatea în care participă operatorul economic S.C. ... S.R.L. nu influențează în niciun fel procesul de derulare a procedurii de atribuire așa cum tendențios afirmă autoritatea contractantă.

Informațiile referitoare la completarea și publicarea declarației de participare, informațiile referitoare la formularul de integritate sau informațiile referitoare la anunțul de atribuire sunt informații cu caracter exclusiv administrativ care nu influențează în opinia petentului nici direct și nici direct procesul de atribuire a contractului. Mai mult, informațiile preluate automat în cadrul acestor documente pot fi modificate prin publicarea manuală a unor modificări de autoritatea contractantă (prin publicare de documente rectificative sau anunțuri de tip erată la anunțul de atribuire). Afirmația autorității contractante potrivit căreia o informație greșită menționată în SEAP nu ar putea face obiectul unei corecții este contrazisă și de principiul potrivit căruia este obligatorie corecția erorilor aritmetice ale propunerii financiare. Astfel, dacă un preț criptat în SEAP este rezultatul unei erori aritmetice, legislația în materia achizițiilor publice nu doar că permite corecția acestei erori ci obligă autoritatea contractantă să corecteze această eroare chiar dacă din punct de vedere tehnic ea nu mai poate fi operată și în SEAP. Aplicația SEAP preia automat în anunțul de atribuire prețul greșit criptat în SEAP însă autoritatea contractantă are la dispoziție instrumente pentru a corecta această informație din anunțul de atribuire.

Contestatorul învederează că nu există niciun argument pertinent pentru a stabili că operatorul economic ... S.R.L. are calitatea de „ofertant asociat” în condițiile în care această informație este infirmată total de modul în care a fost elaborată oferta depusă în procedura de atribuire. Reiterează petentul că prin dispozițiile legale dar și prin cerințele documentației de atribuire este stabilit foarte clar că, calitatea de asociat este dovedită prin Acordul de asociere în vreme ce calitatea de subcontractant este stabilită prin Acordul de subcontractare. Or, din analiza acestor documente precum și a întregii sale oferte rezultă dincolo de orice dubiu că în cadrul acestei proceduri de atribuire oferta este depusă de Asociera formată exclusiv din operatorii economici S.C. S.R.L. - S.C. ... S.R.L.

Având în vedere cele mai sus menționate, contestatorul afirmă că își menține criticile formulate sens în care solicită Consiliului admiterea contestației.

În ce privește contestația nr. 1400/08.10.2021 înregistrată la CNSC cu nr. 53413/12.10.2021, SC SRL contestă Comunicarea rezultatului procedurii nr. 31905/30.09.202P, document comunicat prin intermediul SEAP în data de 01.10.2021 și Raportul procedurii nr. 31896/01.10.2021, solicitând Consiliului:

a) constatarea faptului că petentul a constituit garanția de participare cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire și a dispozițiilor legale;

b) obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea cerințelor stabilite prin documentația de atribuire și a dispozițiilor legale aplicabile;

c) pe cale de consecință, obligarea autorității contractantă la anularea tuturor actelor administrative prin care s-a stabilit că petentul nu a constituit garanția de participare cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire; implicit, solicită anularea deciziei privind anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin evaluarea ofertei contestatorului conform prevederilor legale aplicabile.

Contestatorul susține că în urma finalizării procesului de evaluare a garanțiilor de participare, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire, așa cum rezultă din cadrul Comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire comunicată acestuia în data de 01.10.2021 și a Raportului procedurii de atribuire, publicat în SEAP în data de 01.10.2021, documente prin intermediul cărora i s-a transmis faptul că oferta sa a fost respinsă din cadrul procedurii de atribuire întrucât nu ar fi constituit garanția de participare cu respectarea cerinței din documentația de atribuire.

Ofertantul contestă decizia adoptată de autoritatea contractantă pentru motivele expuse în cele ce urmează:

Prin fișa de date a achiziției, la Cap. III.1.6.a) Garanție de participare, autoritatea contractantă a stabilit următoarea cerință:

„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 ..., 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.[...]”

Contestatorul menționează că a constituit garanția de participare prin Instrumentul (scrisoarea) de garanție pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică nr. ... din data de 14 Septembrie 2021, emis de ... document prin care a îndeplinit cerința stabilită de autoritatea contractantă.

În susținerea acestui document, au fost prezentate în mod conex următoarele documente:

- Contractul de garantare conținând condițiile contractuale de garantare aferente scrisorii de garanție nr. ...;
- Ordinul de plată nr. 1639/15.09.21, prin intermediul căruia a fost achitată prima de garantare de către petent către ..;
- Biletul la Ordin ... emis de către ... și pus la dispoziția, document ... de către administratorul ... în mod integral pentru suma de 90.000 lei, adică în exact în quantumul garanției de participare stabilită de autoritatea contractantă potrivit documentației de atribuire.

Se reține că prin adresa nr. 30667/21.09.2021 comisia de evaluare a solicitat contestatorului clarificări în sensul de justifica modalitatea în care garanția de participare prezentată în ofertă îndeplinește cerința minimă de calificare prevăzută la secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare din Fișa de date a achiziției. În esență, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului lămuriri în legătură cu instrumentul de garantare privind participarea la procedură, fiind invocată împrejurarea potrivit căreia:

"[...] garanția de participare seria ... este emisă de SA, instituție financiară nebancaară".

Cu privire la această solicitare, un prim aspect care se impune a fi reținut raportat la modul în care a fost formulată cerința documentației de atribuire este constatarea comisiei de evaluare potrivit căreia emitentul instrumentului de garantare prezentat de contestator în vederea participării la procedura de atribuire este în fapt o instituție financiară nebancaară.

Din context se deduce faptul că, în opinia autorității contractante, instrumentele de garantare emise de instituțiile financiare nebancaare nu ar fi de natură să asigure respectarea prevederilor art. 36 din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare întrucât acestea din urmă (IFN-urile) nu ar fi îndrituite să desfășoare activități de creditare și, ca atare, forma de constituire a garanției de participare nu ar întruni condițiile stabilite de legiuitor.

Un al doilea aspect care se impune a fi reținut în opinia petentului este acela că, interpretarea autorității contractante privind întinderea prevederilor art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 este una eminamente gramaticală și, în context, total eronată întrucât au fost ignorate complet atât operațiunile logico-raționale care ar fi trebuit parcurse de către membrii comisiei de evaluare în vederea lămurii conținutului și sensului normei civile în discuție (în integrum dispozițiile art. 36 din H.G. nr. 395/2016), cât și normele de tehnică legislative avute în vedere de legiuitor odată cu adoptarea H.G. nr. 419/2018, cu modificările și completările ulterioare, prin care au fost aduse modificări asupra articolului ante-menționat.

Astfel, contestatorul precizează că a formulat și transmis prin adresa nr. 1356/24.09.20216 răspunsul la solicitarea de clarificări a autorității contractante, fiind justificată deplina legalitate și corectitudine privind modalitatea de constituire a garanției de participare prin trimitere la următoarele argumente:

a) Prevederile legale aplicabile, prin intermediul cărora se atestă includerea instituțiilor financiare nebancare în categoria instituțiilor care îndeplinesc activități de creditare;

b) Interpretarea oficială a Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, sens în care prin punctul de vedere nr. 13932/04.08.2021 emis de acest organism se precizează fără echivoc că:

„[...] operatorul economic poate prezenta ca instrument de garantare un document emis de o instituție financiară nebancară (IFN) [...]”;

c) Registrul General al Instituțiilor Financiare Nebancare ținut în evidența Băncii Naționale a României, potrivit căruia ... este autorizată să îndeplinească următoarele tipuri de activități: Credite consum, Credite ipotecare/imobiliare, Microcreditare, Finanțare tranzacții comerciale, Factoring, Scontare, Forfetare, Emitere garanții.

Ca atare, contestatorul opinează că sunt îndeplinite exigențele stabilite de legiuitorul în materia achizițiilor publice prin prevederile art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 în ceea ce privește emitenții instrumentelor de garantare în vederea participării la procedurile de atribuire;

d) Intenția explicită a legiuitorului în materia achizițiilor publice care, potrivit normelor de tehnică legislativă urmate la momentul adoptării H.G. nr. 419/2018, a fundamentat oportunitatea aprobării acestui act normativ prin a specifica neechivoc că prin norma în discuție se urmărește clarificarea condițiilor de constituire a garanției de participare și de către o societate nebancară;

e) Prevederile legislației speciale în materia achizițiilor publice, potrivit cărora este instituită o interdicție explicită privind limitarea de către autoritățile contractante a posibilității de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societățile bancare sau numai la cele care sunt emise de către societățile de asigurări.

Se menționează de către petent că autoritatea contractantă nu a luat în considerare explicațiile furnizate de acesta, stabilind că instituția emitentă a garanției de participare depuse în ofertă nu reprezintă o instituție de credit, astfel că garanția de participare nu ar îndeplini cerința minimă de calificare stabilită la secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare: *"Garanția de participare 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.[...]."*

Pe cale de consecință, petentul susține că decizia de respingere a ofertei sale a fost stabilită având în vedere modul în care instituția financiară nebancară emitentă a garanției de participare prezentată de acesta poate fi asimilată unei instituții de credit.

Cu privire la acest aspect, contestatorul învederează că, în justificarea sa, autoritatea contractantă se raportează la prevederi legale care nu mai sunt în vigoare, respectiv invocă o formă neactualizată a Legii 93/2009, valabilă anterior emiterii O.U.G. nr. 42/2011.

Mai exact, în argumentarea sa, autoritatea contractantă menționează următoarele:

„... SA, este instituție financiară nebancaară, instituție care, potrivit legiuitorului, nu este asimilată unei instituții de credit sau unei societăți de asigurări, după cum reiese chiar din termenii definiți la art. 5, alin. (c), din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, legea care reglementează activitatea unor astfel de instituții și anume: c) instituții financiare nebancare ■ entitățile, altele decât instituțiile de credit, ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional, în condițiile stabilite de lege”

Pe de altă parte, definiția menționată de autoritatea contractantă pentru instituțiile financiare nebancare a fost modificată de legiuitor prin O.U.G. 42/2011, după cum urmează:

„c) instituții financiare nebancare - entități ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional [...] în condițiile stabilite de prezenta lege”.

Suplimentar celor mai sus arătate, contestatorul face precizarea că la art. 1 alin. (1) din Legea nr. 93/2009 cu modificările și completările ulterioare, act normativ invocat însăși de către autoritatea contractantă în susținerea propriei sale poziții privind excluderea ofertei sale din competiție, se menționează că actul normativ 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.

Or, având în vedere că potrivit art. 5 lit. c) din Legea nr. 93/2009 instituțiile financiare nebancare sunt definite ca fiind acele entități ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional în condițiile legii, rezultă implicit că instituțiile financiare nebancare (IFN) sunt instituții de credit. În acest sens prezintă relevanță inclusiv prevederile art. 14 alin. (1) lit. a), d), e) și f) din Legea nr. 93/2009 unde sunt enumerate tipurile de credite ce pot fi acordate de instituțiile financiare nebancare, respectiv:

„Art. 14 (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;

[...]

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”.

Odată fiind lămurit acest aspect, contestatorul arată că potrivit art. 14 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 93/2009 instituțiile financiare nebancare pot desfășura și activități privind emiterea de garanții sau asumarea de angajamente de garantare.

Prin urmare, contestatorul subliniază că societatea FINANCE ONE IFN S.A. reprezintă o instituție de credit în sensul prevederilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 iar garanția de participare nr. 2021091370NE din data de 14 Septembrie 2021 constituită de acesta și prezentată în ofertă este un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România, fiind îndeplinită atât cerința prevăzută în documentația de atribuire cât și condiția stabilită prin art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, contestatorul susține că, așa cum a menționat și în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare, potrivit informațiilor disponibile public la adresa web [....](#) unde poate fi consultat Registrul General Instituții Financiare Nebancare, se face precizarea că societatea ... S.A. desfășoară următoarele tipuri de activități: Credite consum, Credite ipotecare/imobiliare, Microcreditare, Finanțare tranzacții comerciale, Factoring, Scontare, Forfetare, Emitere garanții, așa cum se poate observa din extrasul de mai jos:

...	25.04.2007	...	...	...	...	Credite comun, Credite ipotecare imobiliare, Microcreditare, Finanțare tranzacții comerciale, Factoring, Scontare, Forfetare, Emitere garanții
-----	------------	-----	-----	-----	-----	--

Prin urmare, nu numai că ... S.A. desfășoară multiple forme ale activității de creditare caracteristice instituțiilor de credit, însă îndeplinește inclusiv atributul de a emite garanții în condițiile legii, potrivit informațiilor disponibile la nivelul Băncii Naționale a României.

Pe de altă parte, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a înțeles să evalueze oferta sa procedând la o interpretare gramaticală a noțiunii de „instituție de credit” strict prin raportare la unele dispoziții din Legea 93/2009, metodă de interpretare care este total neavenită în speță pentru motivele mai sus menționate, dar și întrucât aceasta face abstracție în totalitate și scoate din context celelalte prevederi legale aplicabile, inclusiv pe cele din materia achizițiilor publice, precum și restul evidențelor prezentate de acesta.

Fără a mai menționa faptul că, în analiza autorității contractante au fost de asemenea ignorate cu desăvârșite la argumentele logicii formale, precum și raționamentele inductive și deductive la care aceasta era obligată să recurgă în vederea lămuririi fără echivoc a unui presupus înțeles restrictiv al normei juridice în discuție, petentul susține că raționamentul aplicat evaluării ofertei sale este unul greșit.

Astfel, înțelesul noțiunii de „instituție de credit” trebuie, în primul rând, determinat prin raportare la voința legiuitorului care reglementează materia

achizițiilor publice și care îmbracă forma legislației speciale, al cărei principal atribuit este caracterul derogatoriu de la normele dreptului comun. În acest sens este important de reținut că garanția de participare se constituie conform H.G. nr. 395/2016 și nicidecum conform Legii 93/2009 invocată de autoritatea contractantă în motivarea deciziei de respingere a ofertei contestatorului.

Prin urmare, determinarea înțeleșului corect al noțiunii de „instituție de credit” în contextul prevederilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 se realizează prin raportare la voința legiuitorului în materia achizițiilor publice iar nu în raport de o altă legislație.

Or, după cum a specificat petentul și în cadrul adresei de răspuns nr. 1356/24.09.2021 transmisă în urma solicitării de clarificări nr. 30667/21.09.2021, legiuitorul în materia achizițiilor publice a ales să permită ca instrumentul de garantare să fie emis de orice instituție de credit, în aceasta noțiune fiind incluse atât societățile bancare cât și instituțiile financiare nebancare.

În aceste sens este de observat că în forma inițială a H.G. nr. 395/2016 (intrată în vigoare la data de 06.06.2016), la art. 36 alin. (1) se menționa că:

„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”.

Așadar, în varianta s-a inițială legislația stabilea foarte clar că garanția de participare se putea constitui printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară astfel că, la acel moment, nu erau acceptate în procedurile de achiziție publice acele instrumente de garantare emise de instituții financiare nebancare.

Ulterior însă, prin H.G. nr. 419/2018 (în vigoare din data de 18.06.2018) prevederile art. 36 alin. (1) au fost modificate într-un mod substanțial având următoarea formă:

„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.”

Se observă că încă din anul 2018 legiuitorul a înlocuit condiția potrivit căreia instrumentul de garantare putea fi emis doar de o societate bancară cu posibilitatea ca instrumentul de garantare să fie emis de orice instituție de credit. Această modificare a fost operată tocmai pentru că voința legiuitorului a fost aceea de a permite constituirea de garanții în legătură cu procedurile de achiziție publică și prin intermediul altor instituții care acordă credite, adică inclusiv instituțiile financiare nebancare.

Starea de fapt rezultă explicit din NOTA DE FUNDAMENTARE a H.G. nr. 419/2018 prin intermediul căreia s-au modificat prevederile art. 36 alin. (1) și unde, la rubrica 2. Schimbări preconizate se menționează că prin modificarea operată:

„Se clarifică condițiile de constituire a garanției de participare și de către o societate nebancară.”

(a se vedea pag. 16, paragraf 2 din NOTA DE FUNDAMENTARE a HG nr. 419/2018 care poate fi consultată la adresa web ...

Prin urmare, voința neechivocă a legiuitorului în materia achizițiilor publice a fost în mod clar determinată în sensul că prin noțiunea de „instituții de credit” se înțeleg inclusiv societățile financiare nebancare întrucât acestea au dreptul de a desfășura activități de creditare potrivit legii. De altfel, tocmai caracterul discriminatoriu al prevederilor inițiale ale art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 au fost urmărite a fi corectate prin dispozițiile H.G. nr. 419/2018, la solicitarea societăților din mediul nebancar.

Concluzionând, petentul susține că dispozițiile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 nu pot fi interpretate decât în sensul voinței legiuitorului privind oportunitatea introducerii în cadrul normativ a acestei „noi” noțiuni, odată cu adoptarea H.G. nr. 419/2018. Cu prioritate, o asemenea concluzie se impune chiar și dacă ne-am raporta doar la dispozițiile neechivoce ale art. 36 alin. (5) lit. b) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora autoritatea contractantă nu are dreptul de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare.

Este așadar limpede conținutul noțiunii de „instituție de credit” prevăzută la art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 395/2016 și care sub nicio formă nu poate fi interpretat în mod restrictiv și discriminatoriu câtă vreme tocmai legiuitorul a dorit înlăturarea unor asemenea elemente din cadrul legislației inițiale.

În fapt, latu sensu, noțiunea de instituție de credit în discuție include tot ansamblul instituțiilor de creditare, respectiv acele instituții care desfășoară activități de creditare potrivit legii și nicidecum doar societățile bancare, cum în mod eronat induce autoritatea contractantă prin propria sa interpretare și care a stat, atât la baza solicitării de clarificări transmise contestatorului cât și, mai pregnant, la baza deciziei de respingere a ofertei sale din competiție, fiind invocate de către aceasta motivele la care s-a referit mai sus.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că garanția de participare nr. din data de 14 Septembrie 2021, emisă de ... S.A., îndeplinește atât cerința prevăzută în documentația de atribuire cât și condiția stabilită prin art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016, întrucât:

- este înscrisă în Registrul General Instituții Financiare Nebancare al Băncii Naționale a României, fiind îndrituită să desfășoare activități de creditare, conform prevederilor art. 27 din Legea 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, cu modificările și completările ulterioare;

- între activitățile de creditare desfășurate de în conformitate cu prevederile art. 14 alin. (1) din Legea 93/2009 se numără și activitatea de emitere garanții;

- Instrumentul de garantare emis de îndeplinește toate condițiile formă și de fond referitoare la quantum, perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cerere a beneficiarului în situația de culpă a persoanei garantate (S.C. S.R.L.), respectiv în situațiile prevăzute la art. 37 din H.G. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare;

- Mai mult, așa cum a arătat contestatorul în partea introductivă a prezentei, instrumentul de garantare a fost însoțit de Biletul la Ordin ... și care a fost AVALIZAT de către administratorul Romservice în mod integral pentru suma de 90.000 lei, adică în exact în quantumul garanției de participare stabilită de autoritatea contractantă potrivit documentației de atribuire.

Contestatorul arată că în sensul celor de mai sus, este și punctul de vedere al emitentului instrumentului de garantare, respectiv al ... S.A., document pe care l-a pus la dispoziția autorității contractante în anexa la adresa de răspuns nr. 1356/24.09.2021. Așa cum a precizat, în cadrul acestui document se invocă inclusiv punctul de vedere al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, emis recent prin adresa nr. 13932/04.08.2021, sens în care se impun a fi reținute următoarele:

„[...] operatorul economic poate prezenta ca instrument de garantare un document emis de o instituție financiară nebancară (IFN), în situația în care IFN-ul poate emite astfel de documente care să respecte toate condițiile de fond impuse de legislația specifică, respectiv în măsura în care acest document îndeplinește toate condițiile referitoare la quantum, perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cerere a beneficiarului în situația de culpă a persoanei garantare, etc., astfel încât autoritatea contractantă să poată emite pretenții asupra garanțiilor în cazul în care contractantul nu își îndeplinește toate obligațiile asumate prin contract.”

Concluzionând, petentul menționează că pe fond, nu există în speță niciun risc de neplată pentru autoritatea contractantă, acest aspect fiind lesne de observat dacă comisia de evaluare și-ar fi îndeplinit atribuțiile legale care îi revin și ar fi procedat la analiza aprofundată a documentelor și a argumentelor prezente de acesta, respectiv dacă nu s-ar fi raportat doar la aspecte superflue, invocate strict din punct de vedere formal în susținerea propriei decizii, o asemenea conduită impunându-se a fi cenzurată de către Consiliu. Totodată, contestatorul subliniază că toate condițiile de formă impuse de legiuitor privind constituirea garanției de participare au fost respectate, așa cum a arătat mai sus.

Pentru aceste motive, contestatorul solicită Consiliului admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată, urmând ca prin decizia pe care o va emite să oblige autoritatea contractantă să revină asupra deciziei de anulare a procedurii, respectiv să procedeze la continuarea procedurii de atribuire, prin evaluarea ofertei sale conform prevederilor legale aplicabile.

Contestatorul reamintește pe această cale autorității contractante că, în conformitate cu art. 9 alin. (1) din Legea 101/2016, aceasta are următoarele drepturi:

„ (1) După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP.”

Prin adresa nr. 33451/14.10.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. 54027/14.10.2021, ..., formulează Punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, învederând următoarele:

În contestația depusă, ofertantul menționează ca și date de contact același număr de telefon și aceeași adresă de e-mail ca cele ale celui alt contestator al rezultatului procedurii de atribuire și anume, ... SRL, astfel cum reiese din printscreen-urile atașate:

Stimate Domnule Președinte,

Subscrisa S.C. S.R.L. ("..." cu sediul social în strada....., ..., tel. ..., e-mail:, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., ... telefon, e-mail;, reprezentată prin dl., Administrator, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire mai sus menționată.

Stimate Domnule Președinte,

Subscrisa S.R.L., cu sediul social în strada ..., ..., ..., telefon, e-mail:, reprezentată prin dl., Administrator, în calitate de lider desemnat al ofertantului Asocieria S.R.L. - ... S.R.L. participant la procedura de atribuire mai sus menționată.

Ținând cont de faptul că în Nota informativă privind indicatorii de fraudă pentru FEDR, FSE și FC publicată pe site-ul Comisiei Europene:

... Anexa 1 - Fraude în cadrul contractelor și achizițiilor publice, printre sistemele de fraudare comune și recurente și indicatorii de fraudă relevanți (semnale de avertizare), și anume pentru Practici de cooperare secretă, Împărțirea piețelor, printre indicatorii de fraudă se regăsește menționat și aspectul sesizat mai sus și anume: "legături aparente între ofertanți, cum ar fi adrese, angajați sau numere de telefon comune etc.", autoritatea contractantă solicită Consiliului să evalueze dacă și în ce măsură este relevantă observația sa în soluționarea contestațiilor depuse de către cei doi ofertanți.

Analizând contestația sub aspectul conținutului său, autoritatea contractantă solicită Consiliului să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

Referitor la criticile contestatorului privind motivul de excludere prevăzut de art. 215, alin. (4) din Lege și ale art. 137, alin. (1) și (2) lit. b) din HG 395/2016, invocat pentru SRL, ofertant individual, autoritatea contractantă consideră criticile aduse ca fiind neîntemeiate și nejustificate și solicită respingerea contestației, pe baza următoarelor argumente:

Ofertantul nu îndeplinește cerința minimă privind modalitatea de constituire a garanției de participare, respectiv garanția de participare constituită nu respectă cerința minimă de calificare prevăzută în Fișa de date, la secțiunea III.I.6.a) Garanția de participare: *"Garanția de participare 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.(...)"*

În fapt, autoritatea contractantă susține că la data limită de depunere a ofertelor, 16.09.2020, contestatorul a participat în calitate de ofertant individual, astfel cum reiese din Procesul verbal de vizualizare a ofertelor nr. 30402/17.09.2021 și din Declarația de participare publicată în cadrul procedurii și al cărui conținut este generat în mod automat de către SEAP, documente ce se regăsesc atașate la prezentul punct de vedere.

Pe parcursul evaluării ofertelor depuse, comisia de evaluare, a reverificat garanțiile de participare constituite de către ofertanți și a constatat faptul că garanția de participare constituită de către ofertantul SRL este emisă de către o instituție financiară nebancară, astfel cum reiese din garanția de participare nr. ... atașată la prezentul punct de vedere.

Urmare a neconformității sesizate, comisia de evaluare a procedat la solicitarea de clarificări cu privire la modalitatea de constituire a garanției de participare de către contestator, clarificare la care acesta a răspuns prin adresa nr. 1356/24.09.2021, susținând faptul că instrumentul de garantare emis de către ... SA, instituție financiară nebancară, respectă cerințele documentației de atribuire.

În urma analizei răspunsului ofertantului, Comisia de evaluare consideră că acesta este unul nerelevant din următoarele motive:

Garanție de participare nr. ...nu îndeplinește condițiile de formă cu privire la modalitatea de constituire a garanției de participare, astfel cum aceasta a fost solicitată în Fișa de date, secțiunea III.I.6.a) Garanție de participare și anume: *"Garanția de participare 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 plată în contul..... ... deschis la Trezoreria Statului, Suc. ..., cu condiția confirmării acestuia de către banca emitentă până cel târziu la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor"* dat

fiind faptul că emitentul acestui instrument de garantare este instituție financiară nebancară, instituție care, potrivit legiuitorului, nu este asimilată unei instituții de credit sau unei societăți de asigurări.

Deși în documentele emise pe parcursul evaluării ofertelor depuse, inclusiv în comunicarea transmisă contestatorului, autoritatea contractantă a invocat definiția veche dată de către legiuitor și anume: *c) instituții financiare nebancare - entitățile, altele decât instituțiile de credit, ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional, în condițiile stabilite de lege fata de definiția actualizata din Legea nr. 93/2009 invocata, respectiv: c) instituții financiare nebancare - entități ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional în condițiile stabilite de prezenta lege*, motivul respingerii ca inacceptabilă a ofertei depuse de către contestator rămâne valabil din următoarele considerente:

Conform prevederilor art. 3 din OUG 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;"

Cu toate că, emitentul garanției de participare, Finance ... este înregistrată ca instituție/entitate financiară nebancară în Registrul General al BNR și își desfășoară în mod legal activitățile de creditare, autoritatea contractantă opinează că acest fapt nu o transformă în instituție de credit, conform OUG 99/2006. Acest lucru este evidențiat și pe site-ul [...](#) în care sunt clasificate registrele instituțiilor după tipologia lor, existând:

- un registru intitulat "Registrul instituțiilor de credit", implicit o Listă a instituțiilor de credit, în care sunt enumerate "instituțiile de credit"

și

- un registru intitulat "Registrul instituțiilor financiare nebancare", în care sunt enumerate "instituțiile financiare nebancare" implicit o Listă privind instituțiile financiare nebancare.

Mai mult, din prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016, alin. (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*, coroborat cu prevederile alin. (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."

reiese în mod evident că în accepțiunea legiuitorului instituția de credit vizată de către acesta este doar societatea bancară.

Dacă scopul constituirii garanției de participare ar fi fost atins inclusiv prin depunerea unei garanții emise de un IFN, comisia de evaluare consideră că articolul de lege nu ar fi enumerat exhaustiv formele de întocmire a garanției de participare.

În aceeași ordine de idei, înscrierea în Registrul General a societății emitente a garanției bancare, act despre care se face vorbire în răspunsul la clarificare nr. 1356/24.09.2021, este necesar Instituției Financiare Nebancare IFN pentru a putea desfășura activitățile prevăzute în obiectul de activitate. Legislația privitoare la achiziții publice nu include Instituțiile Financiar Nebancare IFN în categoria societăților emitente de garanții bancare,

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că punctul de vedere al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP) prezentat în cadrul răspunsului ofertantului la solicitarea de clarificări transmisă este unul edificator pentru speța în cauză, întrucât la sfârșitul adresei se specifică: *"(...în subsidiar, menționăm că, în ceea ce privește modalitatea de constituire a garanțiilor în cazul contractelor de achiziție publică, legislația care primează este legislația în domeniul achizițiilor publice, cu respectarea ierarhiei actelor normative, în ordinea importanței și a forței efectelor.)"*, fiind astfel evidentă importanța pe care Legea nr. 98/2016 și normele de aplicare a acesteia o au în evaluarea garanțiilor de participare constituite de către ofertanți.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă atașează două decizii ale CNSC publicate în Buletinul oficial și anume: ... și ... care au vizat același tip de critici cu privire la garanția de participare constituită printr-un instrument de garantare emis de către o instituție financiară nebancară.

Față de aspectele menționate mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca prin decizia pe care o va pronunța, în principal, să constate că decizia autorității de a respinge oferta depusă de către contestator a fost una legală, că susținerile contestatorului sunt neîntemeiate și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulată de SC SRL ca neîntemeiată.

Cu adresa nr. 1439/20.10.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. ..., SC SRL depune Concluzii scrise ca urmare a punctului de vedere formulat de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 33451/14.10.2021, precizând următoarele:

În primul rând, contestatorul apreciază necesar să clarifice situația evidențiată de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere, respectiv împrejurarea că în cadrul contestației sunt menționate o serie de date de contact (numărul de telefon și adresa de e-mail) ale operatorului economic S.C. S.R.L.

Referitor la acest aspect, contestatorul face mențiunea că are colaborare cu un operator economic care prestează servicii de consultanță în achiziții publice iar pentru redactarea acestei contestații a apelat la serviciile sale. Astfel, în data de 08.10.2021 acesta i-a predat contestația prin e-mail spre a fi transmisă către CNSC.

Ca urmare a observațiilor formulate de autoritatea contractantă în punctul de vedere, petentul a luat legătura cu consultantul său pentru a lămuri această situație. În urma discuțiilor purtate, acesta a menționat că pentru elaborarea documentului, în privința formei de prezentare a acestuia, s-a inspirat dintr-o altă contestație formulată tot în legătură cu această procedură de atribuire de operatorul economic S.C. S.R.L. și care a fost publicată în SEAP de autoritatea contractantă în data de 08.10.2021, ora 10:09.

Pe de altă parte, acesta a precizat că a omis să corecteze în totalitate informațiile din documentul utilizat și, de aceea, o parte din datele de contact ale operatorului economic S.C. S.R.L. au fost menționate și în contestația depusă de contestator. Petentul subliniază că această situație nu are nicio legătură directă sau indirectă cu soluționarea criticilor sale sau ale celeilalte contestatoare astfel că cererea autorității contractante adresată Consiliului pentru a evalua dacă și în ce măsură observația acesteia este relevantă pentru soluționarea contestațiilor depuse în legătură cu deciziile adoptate de autoritatea contractantă se impune a fi respinsă ca inadmisibilă. În fapt, contestatorul afirmă că atât contestația sa cât și cealaltă contestație vizează modul nelegal în care autoritatea contractantă a înțeles să evalueze cele două oferte în ceea ce privește modul de constituire a garanțiilor de participare.

Revenind la fondul criticilor sale, contestatorul reiterează că autoritatea contractantă i-a respins oferta din procedura de atribuire pe motiv că garanția constituită pentru participarea la procedura de atribuire nu este emisă de o instituție de credit din România.

Contestatorul afirmă că emitentul instrumentului de garantare prezentat, respectiv S.A. are calitatea de Instituție financiară nebanară iar în opinia autorității contractante aceasta nu ar avea dreptul să emită garanții pentru participarea la procedurile de achiziție publică. Raționamentul autorității contractante se întemeiază pe împrejurarea că instituțiile financiare nebancale nu ar fi considerate instituții de credit iar în acest sens sunt invocate o serie de dispoziții legale care însă sunt străine de legislația achizițiilor.

Se reține de către petent faptul că modul în care autoritatea contractantă procedează la interpretarea dispozițiilor legale este unul profund eronat și nu ține seama de faptul că legiuitorul în materia achizițiilor publice, atunci când a ales să modifice prevederile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016, a specificat explicit că modificarea este necesară pentru a introduce și posibilitatea constituirii de garanții de participare prin intermediul societăților financiare nebancale.

În cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă concluzionează că prin sintagma instituție de credit prevăzută la art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 s-ar înțelege doar o societate bancară.

Concluzia este eronată în opinia contestatorului și, așa cum a atras în prealabil atenția autorității contractante, aceasta se raportează la soluții pronunțate de CNSC într-o perioadă în care era în vigoare o altă formă a dispozițiilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Sub acest aspect, petentul arată că în forma inițială a HG nr. 395/2016 (intrată în vigoare la data de 06.06.2016), la art. 36 alin. (1) se menționa că:

„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.”

Așadar, în varianta s-a inițială legislația stabilea foarte clar că garanția de participare se putea constitui printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară astfel că, la acel moment, nu erau acceptate în procedurile de achiziție publice acele instrumente de garantare emise de instituții financiare nebancare.

Ulterior însă, prin HG nr. 419/2018 (în vigoare din data de 18.06.2018) prevederile art. 36 alin. (1) au fost modificate într-un mod substanțial având următoarea formă:

„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.”

Se poate lesne observa că încă din anul 2018 legiuitorul a înlocuit condiția potrivit căreia instrumentul de garantare putea fi emis doar de o societate bancară cu posibilitatea ca instrumentul de garantare să fie emis de orice instituție de credit.

Prin urmare, afirmația autorității contractante potrivit căreia prin instituție de credit s-ar înțelege doar societatea bancară nu are niciun fundament în opinia petentului. Dacă legiuitorul în materia achizițiilor publice intenționa să permită în continuare constituirea garanțiilor de participare doar prin intermediul unor societăți bancare atunci nu ar mai fi procedat la modificarea articolului de lege.

Prin răspunsurile de clarificare, petentul a arătat autorității contractante că interpretarea istorico-teleologică a normelor juridice conduce la concluzia indubitabilă că voința legiuitorului în materia achizițiilor publice a fost de a modifica prevederile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 în anul 2018 în sensul de a include în categoria instituțiilor de credit care pot emite instrumente de garantare atât societățile bancare cât și instituțiile financiare nebancare.

Se arată că în doctrină s-a stabilit cu valoare de principiu că interpretarea istorico-teleologică constă în stabilirea sensului unei dispoziții legale ținându-se seama de finalitatea urmărită de legiuitor la adoptarea acelei norme.

Pentru această interpretare prezintă interes lucrările premergătoare ale actului normativ din care face parte norma juridică supusă interpretării cum ar fi expunerea de motive. De asemenea, este relevantă și cercetarea reglementării anterioare, deci a dispozițiilor legale abrogate prin textele legale supuse interpretării.

Contestatorul susține că a arătat astfel autorității contractante că legiuitorul a făcut public raționamentul pentru care a înțeles să procedeze la modificarea dispozițiilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 prin înlocuirea noțiunii de societate bancară cu noțiunea de instituție de credit.

Concret, în cadrul NOTEI DE FUNDAMENTARE a HG nr. 419/2018 prin care s-au modificat prevederile art. 36 alin. (1), la rubrica 2. *Schimbări preconizate* legiuitorul a menționat că prin modificarea operată se clarifica condițiile de constituire a garanției de participare și de către o societate nebancară, (a se vedea imaginea de mai jos și pag. 16, paragraf 2 din NOTA DE FUNDAMENTARE a HG nr. 419/2018 care poate fi consultată la adresa web ...

Se clarifică condițiile de constituire a garanției de participare și de către o societate nebancară. Se clarifică modul de depunere a instrumentelor de garantare „în original”.

Contestatorul observă că autoritatea contractantă nu doar că nu a luat în considerare argumentul prezentat de el dar nici măcar nu pare să-l fi analizat de vreme ce a omis să prezinte vreo justificare sub acest aspect.

Se reține că Nota de fundamentare care însoțește proiectul de act de normativ nu este un act nesemnificativ față de care se poate face abstracție. Această Notă de fundamentare este obligatoriu de întocmit conform art. 6 alin. (3) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative iar prin aceasta legiuitorul prezintă motivele/rațiunile concrete pentru care a înțeles să modifice sau să adauge o anumită normă legală. Or, după cum a arătat, prin Nota de fundamentare a HG nr. 419/2018 legiuitorul a specificat foarte clar că modificarea adusă prevederilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 are rolul de a clarifica condițiile de constituire a garanției de participare și de către o societate nebancară.

Contestatorul învederează că orice interpretare propusă de autoritatea contractantă care este contrară voinței legiuitorului nu poate fi luată în considerare.

După cum și autoritatea contractantă evidențiază în punctul de vedere, în ceea ce privește modul de constituire a garanțiilor de participare legislația care primează este legislația în materia achizițiilor publice. Prin urmare, înțelesul noțiunii de instituție de credit utilizată în cadrul art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 trebuie determinat exclusiv prin raportare la voința legiuitorului în materia achizițiilor publice și nu în raport de alte acte normative care reglementează modul în care își desfășoară activitatea diverse instituții.

De asemenea, petentul afirmă că este important de reținut că prin dispozițiile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 este reglementat modul în

care se poate constitui o garanție de participare și nu modul în care se pot acorda credite. Or, în contextul în care la art. 14 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 93/2009 este prevăzut dreptul instituțiilor financiare nebancare de a desfășura activități privind emiterea de garanții sau asumarea de angajamente de garantare este limpede că voința legiuitorului în materia achizițiilor publice a fost aceea de a lărgi sfera entităților care pot emite instrumente de garantare utilizabile în procedurile de atribuire, cuprinzând în noua noțiune de instituții de credit și instituțiile financiare nebancare.

Contestatorul remarcă faptul că în susținerea raționamentului său autoritatea contractantă invocă și două decizii CNSC prin intermediul cărora s-a reținut că instituțiile financiare nebancare nu pot emite garanții de participare conform art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Ceea ce însă autoritatea contractantă a omis să observe este tocmai faptul că cele două decizii CNSC au fost pronunțate în acea perioadă în care erau în vigoare prevederile art. 36 alin. (1) ale HG nr. 395/2016 ce stipulau explicit că instrumentul de garantare putea fi emis de o societate bancară și nu de o instituție de credit.

În susținerea acestei afirmații, contestatorul înțelege să prezinte o serie de extrase relevante din cele două decizii de unde rezultă dincolo de orice dubiu că situațiile soluționate de CNSC nu sunt similare cu situația dedusă prezentei judecăți.

Astfel, la pag. 6-7 din prima Decizie Consiliul a reținut următoarele:

„Consiliul reține că, la punctul III.1.1) „Depozite valorice și garanții solicitate” din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat astfel: „Garanția de participare se constituie conform art. 36 din HG nr. 395/2016. a) Scrisoarea de garanție bancară în favoarea autorității contractante b) virament bancar, în contul.... deschis la Trezoreria Municipiului..., c) instrument de garantare emis în condițiile legii de către o societate de asigurări - asigurare de garanții”, iar art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, stabilește următoarele: „Garanția de participare se constituie prin virament bancare sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară, ori de o societate de asigurări (....)”; din coroborarea celor 2 prevederi, reiese, în mod explicit că autoritatea contractantă acceptă numai scrisori de garanții emise de bănci sau de societăți de asigurări, prin neformularea unei contestații sau a unei solicitări de clarificări, contestatoarea avea obligația să respecte aceste cerințe așa cum au fost formulate.”

Similar, la pag. 17-18 din cea de a doua Decizie invocată de autoritatea contractantă, Consiliul a reținut următoarele:

„Potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (1) și alin. (5) din Hg nr. 395/2016, „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.

(...)

Deși contestatorul susține că autoritatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta sa, deoarece, pe de o parte, documentul prezentat respectă prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016, iar, pe de altă parte, emitentul are autorizație emisă de către Banca Națională a României pentru a acorda garanții, în opinia Consiliului, instrumentul de garantare prezentate nu respectă dispozițiile legale mai sus enunțate, nefiind emis de o societate bancară sau de o societate de asigurări."

Așadar, se poate observa diferența evidentă între cazurile soluționate de CNSC unde, atât în documentația de atribuire cât și prin dispozițiile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 în vigoare la acel moment era stabilit explicit că instrumentul de garantare putea fi emis doar de o societate bancară și cazul dedus prezentei judecăți unde, atât în fișa de date a achiziției cât și prin dispozițiile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 este prevăzut că instrumentul de garantare poate fi emis de o instituție de credit cu mențiunea că această din urmă noțiune are o accepțiune mai largă decât noțiunea de societate bancară utilizată anterior modificării dispozițiilor art. 36 alin. (1) prin intrarea în vigoare a HG 419/2018.

Rezultă în opinia petentului că în luarea deciziei, autoritatea contractantă s-a raportat la o jurisprudență CNSC care este anacronică și inaplicabilă în raport cu actuala formă a prevederilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Pentru claritate, contestatorul prezintă sub formă tabelară conținutul art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 aplicabil înainte și după modificarea operată prin HG nr. 419/2018, respectiv:

Forma art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 până la data 18.06.2018	Forma art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 aplicabilă de la data 18.06.2018, moment la care a intrat în vigoare modificarea operată prin HG nr. 419/2018
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.	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.

Concluzionând, contestatorul arată că societatea ... reprezintă o instituție de credit în sensul prevederilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 iar garanția de participare nr. ... din data de 14 Septembrie 2021 constituită de acesta și prezentată în ofertă este un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România, fiind îndeplinită atât cerința prevăzută în documentația de atribuire cât și condiția stabilită prin dispozițiile legale în vigoare.

Prin adresa nr. 34227/21.10.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă ORAȘUL depune Concluzii scrise cu privire la concluziile scrise depuse de SRL, prin adresa nr. 1439/20.10.2021, învederând următoarele:

Referitor la susținerile contestatorului, că datele comune ale celor doi operatori economici ar fi datorită unei erori a consultantului care a elaborat contestația, această explicație este neverosimilă în opinia Autorității, câtă vreme contestația încărcată în SEAP nu era una editabilă, pentru a fi credibilă explicația unei "preluări mecanice" a datelor din cuprinsul acesteia. Astfel cum se poate observa, în cuprinsul contestației restul datelor contestatorului au fost corect evidențiate, astfel că o "eroare" de preluare a datelor de contact a unui alt operator economic nu constituie, în opinia Autorității, un argument valid. În plus, autoritatea contractantă nu înțelege ce anume ar fi putut să preia din cuprinsul primei contestații, câtă vreme motivele de excludere, deși au vizat garanția de participare, au fost complet diferite.

De altfel, astfel cum rezultă din informațiile identificate de către autoritatea contractantă prin intermediul SEAP, există o legătură certă între cei doi operatori economici, care justifică mult mai clar o posibilă colaborare în cadrul prezentei proceduri, evidențiată și de utilizarea datele de contact comune, și anume:

Ofertantul contestator, ... SRL a participat împreună cu celălalt ofertant contestator, ... SRL în cadrul procedurii de atribuire având ca obiect: Executarea lucrărilor de reabilitare termică a blocurilor de locuințe din ... al Municipiului, anunț de participare ..., astfel cum reiese din declarația de participare publicată în SEAP.

Autoritatea contractantă atașează anunțul de participare la care face referire și din care reiese că durata acordului -cadru, respectiv a contractelor subsevente este de 48 luni.

În urma participării la licitația deschisă defășurată de către Primaria Sector 6, Asocierii dintre (Leader), ..., ... i-au fost atribuite două contracte subsecvente și anume contractele subsecvente nr. 20 și 21/21.01.2020, astfel cum reiese din anunțul de atribuire nr. ..., anunț pe care îl atașează prezentei.

Ca atare, consideră Autoritatea că relația contractuală între cei doi operatori economici este evidentă și este în desfășurare la data emiterii prezentei, implicit la data participării cu oferte distincte la procedura de atribuire al cărei rezultat a fost contestat de către ambii ofertanți.

În ceea ce privește fondul contestației, autoritatea contractantă subliniază că prevederile legislației în materia achizițiilor publice, lege specială, prevalează în ceea ce privește constituirea garanțiilor de participare.

Potrivit art. 40 din Normele de aplicare ale Legii nr 98/2016, privind achizițiile publice, 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.

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 institutii 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 asigurări.

Mai mult, autoritatea contractantă subliniază că potrivit art. 36 alin. (5) din HG 395/2016:

„Entitatea 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'."

Ori, pentru autoritatea contractantă este evident că din interpretarea coroborată și sistematică a alineatului (1) al art. 42 cu alineatul 5, legiutorul în materia achizițiilor nu a intenționat să includă în categoria instituțiilor de credit menționate la alineatul (1) alte categorii în afara celor bancare, la care face în mod expres și limitativ referire în restul alineatelor.

Cu adresa nr. 1450/22.10.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. 55600/22.10.2021, SC SRL formulează Concluzii scrise având în vedere concluziile scrise formulate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 34227/21.10.2021, precizând următoarele:

În primul rând, afirmațiile tendențioase, speculative și nedovedite prezentate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 34227/21.10.2021 potrivit cărora între contestator și operatorul economic S.C. S.R.L. ar exista o legătură care ar demonstra o colaborare pentru participarea la această procedură de atribuire sunt nerelevante prin raportare la obiectul contestației cu privire la soluționarea căruia a fost investit Consiliul.

Se arată că autoritatea contractantă nu a procedat la respingerea ofertei contestatorului pentru că ar fi identificat o legătură între acesta și operatorul economic S.C. S.R.L. care ar fi denaturat concurența în procedura de atribuire (nicio dovadă în acest sens nu este prezentată de autoritatea contractantă).

În fapt, motivul pentru care a fost respinsă oferta contestatorului din procedura de atribuire este acela că nu ar fi constituit garanția de participare cu respectarea cerințelor stabilite prin documentația de atribuire. Prin urmare, Consiliul a fost învestit strict cu soluționarea criticilor îndreptate împotriva acestui motiv de respingere.

Se arată că autoritatea contractantă nu face altceva decât să invite Consiliul să procedeze la realizarea unui act de evaluare a ofertelor deși această atribuție aparține exclusiv autorității contractante prin comisia de evaluare.

Competența Consiliului se rezumă la a verifica dacă măsurile adoptate de autoritatea contractantă cu privire la o anumită ofertă sunt sau nu legale. Or, măsura adoptată de autoritatea contractantă, criticată de petent și cu soluționarea căreia a fost învestit Consiliul o reprezintă strict verificarea împrejurării dacă autoritatea contractantă a respins în mod corect oferta sa invocând omisiunea acestuia de a fi constituit garanția de participare cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire.

Contestatorul opinează că afirmațiile tendențioase ale autorității contractante au rolul de a distra atenția de la obiectul contestației și de la omisiunea acesteia de a se apăra față de argumentele prezentate. Reiterează petentul că, deși autoritatea contractantă a elaborat deja patru documente prin care își justifică decizia de respingere a ofertei sale (Raportul procedurii de atribuire, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, punctul de vedere la contestație și concluziile scrise) în niciun moment nu a argumentat de ce anume nu i-a evaluat oferta cu luarea în considerare a voinței legiuitorului în materia achizițiilor publice care a precizat explicit și transparent că a procedat la modificarea dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. a) din HG nr. 395/2016 tocmai în sensul de a permite și societăților financiare nebankare să emită garanții care să poată fi utilizate în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică. De asemenea, autoritatea contractantă omite să justifice de ce a ales să inducă în eroare Consiliul prin invocarea unei jurisprudențe anacronice și, prin urmare, total nerelevante în raport de conținutul prevederilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 aflat în vigoare la momentul actual și în raport de care trebuie analizate ofertele.

Autoritatea contractantă cunoaște foarte bine că sunt inadmisibile cererile sale în contextul în care Consiliul nu se poate substitui comisiei de evaluare astfel încât să procedeze la evaluarea ofertelor cu consecința stabilirii din oficiu a conformității/neconformității lor.

Mai mult, ceea ce autoritatea pune în discuție ar fi incidența criteriului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, respectiv împrejurarea că petentul ar fi încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire organizată de aceasta.

Dar, contestatorul este de părere că nici autoritatea contractantă și nici Consiliul nu au calitatea de a determina ele însele dacă este incident sau nu acest caz de excludere. În acest sens prezintă relevanță dispozițiile art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 unde este menționat că înainte de excluderea

unui operator economic în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă are obligația de a solicita în scris Consiliului Concurenței punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză.

Doar în ipoteza în care Consiliul Concurenței stabilește că ar exista o denaturare a concurenței în procedura de atribuire atunci și autoritatea contractantă ar putea proceda la respingerea ofertei din procedura de atribuire. Implicit, nici CNSC nu are atribuția de a stabili dacă există un act de denaturare a concurenței ca urmare a unei posibile înțelegeri între operatori economici, acesta fiind atributul exclusiv al Consiliului Concurenței.

...Se reține de către petent că autoritatea contractantă mai afirmă că nu ar fi putut fi utilizată forma contestației depusă de operatorul economic S.C. S.R.L. deoarece în SEAP a fost publicată o formă needitabilă a documentului. Contestatorul susține că și de această dată autoritatea se lansează în afirmații anacronice în raport de capacitățile tehnice actuale ale aplicațiilor software cu ajutorul cărora se pot elabora și edita documente. Astfel, există programe software de tip optical character recognition care au rolul de a converti (translata) electronic imagini cu scris tipărit sau printat (de obicei scanat) în text editabil (de exemplu aplicația software ...). Detalii cu privire la aceste tipuri de programe se pot consulta la adresa web ... a caracterelor.

Contestatorul precizează că este posibil ca acest tip de argumentație a autorității contractante ar fi putut fi valabil raportat la tehnologiile utilizate la începutul anilor 2000 dar sunt vădit anacronice față de nivelul tehnologic existent la momentul actual.

În sprijinul afirmațiilor sale anterioare, contestatorul prezintă anexat și dovada faptului că operatorul economic care i-a sprijinit în elaborarea contestației i-a transmis documentul prin e-mail în data de 08.10.2021, ora 17:09, deci după momentul la care autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația depusă de S.C. S.R.L.

De asemenea, afirmația potrivit căreia în trecut a existat o colaborare între contestator și operatorul economic S.C. S.R.L. în sensul că au depus o ofertă comună la o altă procedură de atribuire nu reprezintă în opinia petentului un indiciu rezonabil pentru a presupune măcar că între doi operatori economici există acorduri privind denaturarea concurenței. O asemenea situație nu este exemplificată în cadrul art. 167 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 iar în activitatea practică există o mulțime de cazuri în care operatori economici care au participat în comun la anumite proceduri de atribuire aleg să participe individual, fiind într-o competiție directă, la alte proceduri de atribuire.

Dimpotrivă, raportat la dispozițiile art. 47 lit. a) din HG nr. 395/2016 rezultă că, într-o procedură de atribuire care presupune împărțirea în două loturi, doi operatori economici pot depune o ofertă comună pentru lotul nr. 1 iar aceiași operatori economici pot depune oferte individuale și pot fi concurenți în cadrul achiziției ce face obiectul lotul nr. 2. Cu atât mai mult

trebuie admis și că doi operatori economici care au depus în trecut o ofertă comună la o procedură de atribuire au dreptul de a depune oferte individuale în cadrul unei alte proceduri de atribuire.

Concluzionează petentul că toate aceste afirmații ale autorității contractante sunt nerelevante prin raportare la cadrul procesual stabilit prin intermediul contestației și nu au decât rolul de a abate atenția de la faptul că apărările acesteia față de criticile sale nu se raportează în niciun moment la voința legiuitorului în materia achizițiilor publice care a specificat foarte clar atunci când a modificat dispozițiile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 că în noțiunea de „instituție de credit” sunt incluse și societățile financiare nebankare și că acestea au dreptul de a emite instrumente de garantare pentru a fi utilizate în procedurile de atribuire ale contractelor de achiziție publică.

În ceea ce privește fondul criticilor, petentul constată că autoritatea contractantă, deși susține că legislația în materia achizițiilor publice are caracter de lege specială și, prin urmare, înțelesul noțiunii de „instituție de credit” trebuie determinat tocmai prin raportare la voința legiuitorului în materia achizițiilor publice totuși, aceasta continuă să interpreteze dispozițiile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 prin prisma unei legislații care nu are legătură cu achizițiile publice.

Așa cum a mai menționat contestatorul, încă din anul 2018 (prin HG nr. 419/2018) legiuitorul în materia achizițiilor publice a modificat dispozițiile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 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”. Așadar, prin însăși înlocuirea noțiunii de „societate bancară” cu noțiunea de „instituție de credit” rezultă implicit că legiuitorul a dorit să permită și altor entități decât „societățile bancare” să emită instrumente de garantare care să fie utilizate în procedurile de achiziție publică.

De asemenea, în Nota de fundamentare a actului normativ prin care s-a procedat la această modificare legiuitorul a specificat foarte clar că rațiunea înlocuirii noțiunii de „societate bancară” cu noțiunea de „instituție de credit” este tocmai aceea de a se permite utilizarea în procedurile de achiziție publică a unor instrumente de garantare emise de instituții financiare nebankare.

Contestatorul observă că autoritatea contractantă mai invocă și prevederile art. 40 din HG nr. 395/2016 care se referă la modul în care trebuie constituită garanția de bună execuție însă aceste dispoziții legale sunt nerelevante în raport de criticile sale care vizează modul în care a fost constituită garanția de participare și nu modul în care ar putea fi constituită o garanție de bună execuție.

Având în vedere toate aceste aspecte, contestatorul afirmă că își menține cererile formulate în cadrul contestației sens în care solicită admiterea acestora și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale cu luarea în considerare a garanției de participare constituite prin instrumentul de garantare nr. ... din data de 14 Septembrie 2021 emis de ...

Prin adresa nr. 34457/25.10.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă depune Concluzii scrise cu privire la concluziile scrise depuse de SRL, prin adresa nr. 1450/22.10.2021, înregistrată la Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor sub nr. ..., învederând următoarele:

În ceea ce privește fondul contestației, autoritatea contractantă subliniază că prevederile legislației în materia achizițiilor publice, lege specială, prevalează în ceea ce privește constituirea garanțiilor de participare.

Potrivit art. 36, alin. (1) din Normele de aplicare ale Legii nr 98/2016, privind achizițiile publice, 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.

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 institutii 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.

În susținerea faptului ca emitentul garanției de participare, instituție financiară nebanară nu se încadrează în niciuna dintre cele 2 tipuri de categorii și anume instituție de credit sau societate de asigurări, este chiar formularul Garanție de participare la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică emis de către garantul Finance One IFN SA în care chiar emitentul garanției evită să completeze statutul său.

Autoritatea contractantă atașează Formularul depus de către contestator, menționând că este evident că modul incert și neaplicabil în care formularul de garanție a fost completat chiar de către emitentul acesteia afectează dreptul Autorității de a se proteja corespunzător față de un eventual comportament neadecvat al ofertantului.

Ca atare, decizia autorității contractante de a exclude oferta depusă de către contestator este temeinică și legală, întrucât Formularul de garanție solicitat prin documentația de atribuire nu este completat conform Formularului pus la dispoziție prin documentația de atribuire. Mai mult, autoritatea contractantă susține că conform Formularului A Garanția de participare, este clar și evident că a prevăzut doar două situații în care

garanția de participare se poate constitui printr-un instrument de garantare: societate bancară sau societate de asigurări. Dacă contestatorul avea îndoieli cu privire la constituirea garanției de participare, acesta trebuia să solicite clarificări în perioada de depunere a ofertelor, în caz contrar, ulterior datei de depunere a ofertelor, documentația de atribuire astfel cum a fost publicată în SEAP dobândind caracter obligatoriu atât pentru ofertanți cât și pentru achizitor.

Pentru a demonstra importanța completării Formularului de garanție de participare în mod corect, autoritatea contractantă atașează prezentelor concluzii, spre exemplificare două formulare de garanții emise în cadrul unei alte proceduri de atribuire, unul completat de către o societate bancară și unul de către o societate de asigurări din care reiese în mod clar și evident statutul emițătorului garanției constituite în favoarea Autorității Contractante.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „....”, cod CPV 45210000-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ... criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În Raportul procedurii nr. 31896/01.10.2021, s-a consemnat depunerea a 2 oferte respectiv, SC SRL și Asocierea SRL (leader), ... SRL, ... SRL, acestea fiind respinse ca inacceptabile în urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, iar în consecință, procedura de atribuire a fost anulată.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, Asocierea SRL - ... SRL și SC SRL au formulat contestațiile care formează obiectul dosarelor conexe nr.

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele două contestații au fost conexe.

Pe fondul contestațiilor formulate de Asocierea SRL - ... SRL și respectiv de SC SRL în contradictoriu cu, Consiliul reține următoarele:

În ceea ce privește respingerea ofertei depuse de asocierea SRL - ... SRL, Consiliul constată ca, exclusiv din vina ofertantului, în speta a liderului de asociere SRL, în SEAP a fost introdusă în mod eronat componenta asocierii în sensul în care operatorul economic ... SRL a fost nominalizat ca membru al asocierii deși acesta nu avea această calitate potrivit acordului de asociere Acordul de asociere nr. 686/09.09.2021.

Consiliul constată ca introducerea eronată ca membru al asocierii a operatorului economic ... SRL a generat situația în care formularele DUAE completate și generate în mod automat de către platforma SEAP cât și formularele semnate electronic și depuse în secțiunea Documente de calificare, apare în mod evident că ofertantul ar fi asocierea (Leader), ..., ..., deși potrivit contestatorului această situație nu corespunde adevărului.

Consiliul constata totodata ca eroarea introdusa in SEAP conduce la situatia in care garanția de participare constituită de asociere nu respectă cerința minimă de calificare prevăzută în Fișa de date, la secțiunea III.1.6.a) Garanția de participare: "[...] N3: În cazul participării la procedură cu ofertă comună, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii și să menționeze că acoperă în mod solidar de toți membrii grupului de operatori economici." deoarece ofertantul în numele căruia garanția de participare a fost constituită este asocierea dintre (Leader) și ..., astfel cum reiese din polița de asigurare emisă

Consiliul apreciaza ca, în speta, desi sensul si conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant conduc la concluzia ca introducerea operatorului economic ... SRL ca membru al asocierii a fost o eroare, considerarea acestei erori ca simplu viciu de forma nu este posibila.

Modificarea insasi a componentei asocierii ofertante este, in aprecierea Consiliului, o operațiune ireversibilă după data limită de depunere a ofertelor atât pentru ofertant cât și pentru autoritatea contractantă, îndreptarea acestei erori neputându-se realiza de către niciuna dintre părțile implicate în procedură.

Consiliul apreciaza ca pertinente sustinerile autoritatii contractante potrivit carora *„înscrierea eronată în procedură de către ofertant, influențează întreg procesul de desfășurare on-line a procedurii de atribuire, respectiv completarea și publicarea declarației de participare, formularului de integritate, a comunicărilor și a anunțului de atribuire de către autoritatea contractantă și mai mult decât atât, înscrierea eronată la procedură afectează dreptul autorității contractante de a se proteja corespunzător față de un eventual comportament neadecvat al ofertantului, neputând emite pretenții asupra garanției de participare astfel cum a fost aceasta constituită de către contestatoare, în cazul în care ar deveni aplicabile prevederile art. 37 din HG nr. 395/2016”*.

Potrivit prevederilor art. 125 din HG nr. 395/2016:

„Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”.

In concluzie, Consiliul apreciaza ca decizia autorității de a respinge oferta depusă de către contestator a fost una legală si va respinge contestația formulată de SC SRL ca neîntemeiată.

In ceea ce priveste respingerea ofertei depuse de SC SRL, Consiliul retine ca motivul invocat de autoritatea contractanta este nerespectarea de catre ofertant a prevederilor legale si a documentatiei de atribuire privind modul de constituire a garantiei de participare.

Potrivit prevederilor art. 36 din HG nr. 395/2016 cu modificarile si completarile 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) vizand 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 deschis la ..., 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 SC SRL nu a constituit garantia 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 si 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 institutii (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 relevanta alegatiile contestatorului potrivit carora 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 mentionata a HG nr.395/2016 legiuitorul a permis ca instrumentele de garantare **în procedurile de achiziție publică** sa poata fi emise si de organizații cooperatiste de credit, de bănci de economisire și creditare în domeniul locativ sau de bănci de credit ipotecar (nu numai de banci) dar nu a permis, pentru procedurile de achizitie publica, emiterea de instrumente de garantare de catre institutiile financiare nebankare.

Notiunea de „*institutie de credit*” este strict definita de legislatie, asa cum am aratat, exista un Registru al Institutiilor de Credit din care, evident, nu face parte niciun IFN, iar **Institutiile 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 institutiile 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 institutie financiara nebancara (... S.A.) ofertantul SC SRL a incalcat atat prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016 cu modificarile si completarile ulterioare cat si prevederile din fișa de date a achiziției, Cap. III.1.6.a), respingerea ofertei acestuia fiind pe deplin intemeiata legal.

În consecință, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) lit din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate contestațiile formulate de asocierea SRL - ... SRL, respectiv de SC SRL în contradictoriu cu și va mentine decizia de anulare a procedurii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) lit din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate contestațiile formulate de asocierea SRL - ... SRL, respectiv de SC SRL în contradictoriu cu

Mentine decizia de anulare a procedurii.

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, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

MEMBRU,

...