

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 23299/06.05.2021, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional prin C.A., formulată împotriva procedurii simplificate privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect **„Instalație de curățat baterii de țevi pentru schimbătoare de căldură”**, organizată de către ... prin ... cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei de solicitare clarificări nr.1331/29.05.2021 emisă de entitatea contractantă și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial.

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

Prin contestația nr. 698/23.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15749/24.04.2020, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică solicitarea de clarificare nr. 1331/29.05.2021, pe care o consideră nelegală.

Contestatoarea, menționează că la data de 08.04.2021, entitatea contractantă i-a comunicat un e-mail care conținea poziția acesteia cu privire la un aviz conform condiționat emis de ANAP conform prevederilor OUG nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor - cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor - cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii (art. 14 alin. (1) lit. b)), ca urmare a efectuării unui control de tip ex-ante, având următorul conținut:

„Cerințele referitoare la garanția de participare și garanția de bună execuție ar putea avea ca efect restrângerea accesului la procedură.

Măsură de remediere: Referitor la cerințele privitoare la garanția de participare și garanția de bună execuție, respectiv:

- *"Emitenții instrumentelor de garantare vor îndeplini aceleași cerințe de eligibilitate așa cum sunt ele definite la art 9.2 (3) din Secțiunea IV - Propunere de Contract. La data prezentei, emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la adresa <https://www.nuclearelectrica.ro/up-content/Uploads/2021/02/Lista.pdf> (fișa de date - secțiunea III.1 6.a)).*

- *"În cazul constituirii garanției de bună execuție printr-un instrument de garantare, garanția va trebui să îndeplinească și condițiile precizate la art. 9 din Secțiunea IV - Propunere de Contract, anexată anunțului de participare" (fișa de date - secțiunea III. 1.6 b))*

- *Art 9.2 (3) (iv), (v), (vi), (viii) c) -f) din modelul de contract*

Vă recomandăm să reanalizați aceste prevederi având în vedere faptul că ar putea avea ca efect restrângerea accesului la procedură. În cazul menținerii cerințelor, precizați temeiul legal pentru solicitarea acestora.

Preluați recomandarea și în strategia de contractare - pag 10-13.

În drept: art 164 - art 166 din Legea nr. 99/2016; art. 22 din H.G. nr. 394/2016

Calitate."

Astfel cum rezultă din conținutul e-mailului respectiv, procedând la reanalizarea cerințelor menționate în avizul ANAP, entitatea contractantă a ales să le mențină, asumându-și răspunderea cu privire la acestea, și să continue derularea procedurii de atribuire fără a remedia abaterile constatate de ANAP cu următoarea justificare:

"Referitor la acest punct dorim să menționăm următoarele:

Potrivit prevederilor HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare:

Art. 42

"(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 declaratei acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) 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."

Art. 45

"(2) Garanția de bună execuție a contractului se constituie de către contractant în scopul asigurării entității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului sectorial contractului subsecvent".

Art. 46

"(1) 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. 42 alin. (3) și (5) aplicându-se în mod corespunzător".

Art. 47

"Entitatea contractantă are dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului sectorial contractului subsecvent, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu își îndeplinește din culpa sa obligațiile asumate prin contract. Anterior emiterii unei pretenții asupra garanției de bună execuție, entitatea contractantă are obligația de a notifica pretenția atât contractantului, cât și emitentului instrumentului de garantare, precizând obligațiile care nu au fost respectate, precum și modul de calcul al prejudiciului. În situația executării garanției de bună execuție, parțial sau total, contractantul are obligația de a reîntregii garanția în cauză raportat la restul rămas de executat."

Din cele de mai sus rezultă fără putință de tăgadă faptul că scopul celor 2 tipuri de garanții este acela de a proteja entitatea contractantă în cazul unui comportament necorespunzător al ofertantului și/sau prestatorului. În cazul particular al garanției de bună execuție, protecția se referă la executarea contractului atribuit; respectiv la îndeplinirea de către contractant, pe parcursul derulării contractului, a obligațiilor contractuale asumate, în mod corespunzător și la timp. În acest sens, este evident faptul că garanțiile trebuie să poată fi executate de către entitatea contractantă, iar pentru aceasta este esențial ca instrumentele de garantare să fie emise de institute de credit sau societăți de asigurări cu un risc cât mai mic de neplată atunci când se solicită plata executarea garanției de către entitatea contractanta. În acest scop, în societatea noastră au fost stabilite prin proceduri operaționale interne o serie de reguli și criterii prudențiale de acceptare a emitenților de garanții, pentru diminuarea riscului anterior menționat și având în vedere experiențele din anii anteriori, în care au existat situații de imposibilitate de executare

a garantelor contractuale și recuperarea prejudiciului creat societății de către anumiți contractori.

Dorim să subliniem faptul că subscrisa am respectat cu strictețe prevederile art. 42 alin. (5) din HG nr. 394/2016. respectiv:

- *Nu am nominalizat expres în documentația de atribuire o anume bancă sau o anume societate de asigurări pe care să o impunem sau să o interzicem ofertanților;*

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

- *Am asigurat totală transparență în cadrul procesului, precum și tratament egal, sens în care am inclus în documentația de atribuire toate informațiile necesare ofertanților pentru participarea la procedură, inclusiv criteriile prudențiale de acceptare a emitenților de garanții stabilite intern de subscrisa, ca parte a politicii de managementul riscurilor a companiei.*

În vederea respectării principiului transparenței, pe lângă criteriile de eligibilitate detaliate pe larg în cadrul documentației de atribuire, subscrisa am publicat pe site-ul propriu o listă a emitenților de instrumente de garantare deja verificați și acceptați de către compartimentul de management al riscurilor, precizând totodată că lista nu este exhaustivă, respectiv se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de SNN în cadrul documentatelor de atribuire postate în SEAP.

De asemenea, SNN revizuieste periodic încadrarea emitenților de instrumente de garantare în regulile de prudențialitate ale societății și revizuieste, de regulă anual, regulile de prudențialitate

Astfel lista publicată de către SNN este una pur consultativă și nu creează nicio obligativitate pentru ofertanți în ceea ce privește alegerea emitenților de garanție sau asigurați menționați.

Prin urmare, considerăm că cerințele referitoare la garanția de participare și la garanția de bună execuție de la pct. 13 din Avizul ANAP sunt corecte, prudențiale și nu încalcă prevederile legale în domeniu”.

Contestatoarea menționează că depunerea ofertei, în cadrul procedurii de evaluare a acesteia, entitatea contractantă i-a adresat solicitarea de clarificare nr. 1035/06.05.2021, având următorul conținut:

"Ca urmare a ofertei dumneavoastră depuse în SEAP în cadrul procedurii simplificate SCN1083631 din 25.03.2021- Instalație de curățat baterii de țevi pentru schimbătoare de căldură vă rugăm ca în conformitate cu cerințele fișei de date pc. III.1.6.a) Garanție de participare să prezentați un instrument de garantare emis de unul dintre emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la adresa

<https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>”.

Prin adresa nr. 41701/09.04.2021, contestatoarea a răspuns, în termen, la solicitarea de clarificări a entității contractante după cum urmează:

"Având în vedere solicitarea de clarificări nr. 1035/06.04.2021 referitoare la garanția de participare, prin prezenta suntem în măsură să vă comunicăm următoarele:

În cadrul fisei de date, la punctul III 1.6 a) dvs. precizați că "garanția de participare se poate constitui prin: a) instrument de garantare (se poate utiliza ca model Formular III. 1.1.a.) emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări. La data prezentei, emitenții de instrumente de garantare români acceptați, se regăsesc la adresa <https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>."

La linkul indicat de dvs, identificăm o listă cu emitenți de instrumente de garantare acceptați de S.N.Nuclearelectrica SA la data de 37.07.2021.

În același document se regăsește o notă care precizează că "Lista nu este exhaustivă, respectiv se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de SNN în cadrul documentațiilor de atribuire postate în SEAP.

Având în vedere că, așa cum precizați chiar dvs, "lista nu este exhaustivă" și că, în cadrul documentației de atribuire postată în SEAP nu se regăsesc "criteriile de eligibilitate comunicate de SNN", am considerat că societatea CITY INSURANCE SA poate să fie inclusă în această listă.

Mai mult decât atât, în conformitate cu art.46 alin. (7) din HG nr. 394/2016, "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. 42 alin. (3) și (5) aplicându-se în mod corespunzător, iar art. 42 alin. (3) și (5) prevăd că:

"(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă" și "(5) 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."

Considerăm că prezentarea acestei liste în cadrul documentației de atribuire, are ca efect restrângerea accesului la procedură.

Menționăm faptul că în cadrul procedurii de constituire a unei garanții, fie ea de participare, fie de bună execuție, riscul este în totalitate al ofertantului. Polița de garanție are ca bază un Bilet la Ordin avalizat pentru întreaga valoare a garanției (de participare sau de bună

execuție), iar în cazul în care ofertantul nu își respectă obligațiile față de autoritatea contractantă, societatea de asigurări execută Biletul la Ordin pus la dispoziție de către ofertant. Nu putem înțelege ce importanță are bonitatea acestor societăți, despre care SNN spune în cadrul Listei că "emitenți în privința cărora există o probabilitate rezonabilă de a face afaceri cu aceștia" în condițiile în care aceste societăți doar execută pentru autoritatea contractantă un Bilet la Ordin emis, semnat și avalizat de către operatorul economic participant la procedură".

Ulterior transmiterii acestui răspuns și fără ca entitatea contractantă să-l fi declarat ca neconcludent, aceasta i-a adresat contestatoarei o nouă solicitare de clarificare cu nr.1331/29.05.2021, având următorul conținut:

"Ca urmare a ofertei dumneavoastră depuse în SEAP în cadrul procedurii simplificate SCN1083631 din 25.03.2021- Instalație de curățat baterii de țevi pentru schimbătoare de căldură vă aducem la cunoștință că, în conformitate cu normele interne ale Nuclear electrica, polița de asigurare seria M, nr. 000107385 emisă de City Insurance, prin Safety Broker de asigurare nu poate fi acceptată.

De aceea, avem rugămintea ca în termen de 3 zile lucrătoare de la data prezentei să prezentați un instrument de garantare emis de unul dintre emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la adresa <https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>, în caz contrar oferta dumenavoastră va fi declarată inacceptabilă".

Având în vedere conținutul solicitării de clarificări, contestatoarea apreciază că aceasta încalcă atât prevederile documentației de atribuire a procedurii, cât și propria poziție a entității contractante (adoptată anterior, dar) menținută în prezenta procedură, față de avizul condiționat emis de ANAP, poziție ce i-a fost comunicată prin e-mail-ul din data de 08.04.2021, respectiv anterior primei solicitări de clarificare, în considerarea următoarelor argumente:

- în fișa de date, la punctul III 1.6 a) se menționează faptul că:

"garanția de participare se poate constitui prin: a) instrument de garantare (se poate utiliza ca model Formular III.1.1.a.) emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

La data prezentei, emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la adresa <https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>."

În același document de la dresa indicată se regăsește, însă, o notă care precizează că: "Lista nu este exhaustivă, respectiv se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de SNN în cadrul documentațiilor de atribuire postate în SEAP

- în documentația de atribuire nu există niciun fel de "criterii de eligibilitate comunicate de SNN",

- poziția entității contractante față de avizul condițional al ANAP, menținută și în această procedură, a fost aceea că " lista publicată de către SNN este una pur consultativă și nu creează nicio obligativitate pentru ofertanți în ceea ce privește alegerea emitenților de garanție sau asigurați menționați" ,

- prevederile legale incidente, inclusiv principiile aplicabile în materia achizițiilor publice, interzic restrângerea accesului la procedură prin impunerea unor anumiți emitenți ai instrumentelor de garantare.

Contestatoarea invocă prevederile art.42 alin.(5) și art. 164 din Legea nr.99/2016 și menționează că entitatea contractantă îi solicită înlocuirea asiguratorului, în condițiile în care o nouă poliță nu ar putea să poarte decât data actuală de emitere. Așadar, valabilitatea acesteia nu ar putea să acopere perioada între data depunerii ofertei și data emiterii sale, fapt care ar conduce la inacceptabilitatea ofertei.

Așadar, contestatoarea apreciază că polița de asigurare seria M, nr. 000107385 emisă de City Insurance, prin Safety Broker de asigurare, îndeplinește cerințele de conformitate cu documentația de atribuire și legalitate, astfel cum aceasta a arătat prin adresa nr. 41701/09.04.2021, de răspuns la solicitarea de clarificări a entității contractante nr. 1035/06.04.2021, răspuns care nu a fost declarat neconcludent de către entitatea contractantă.

În opinia contestatoarei, cu privire la cele expuse anterior, sunt relevante inclusiv următoarele considerente din jurisprudența CJUE în materie. Astfel:

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE a reținut că: *„Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera deWAdda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)”* iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că *„astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit”* și a precizat că *„această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”*.

De asemenea, în cauza C 27/15, CJUE s-a pronunțat astfel, la punctul 36:

„În această privință, trebuie amintit, pe de o parte, că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de

arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât; în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză...”

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 24690/12.05.2021, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL la care a anexat, în copie, un set de documente din cadrul dosarului achiziției, necesare soluționării cauzei.

Entitatea contractantă menționează că până la termenul limită stabilit respectiv, 05.04.2021 ora 15:00, s-a înscris ca participant la procedură SC SRL.

În cadrul procesului de calificare a ofertanților, comisia de evaluare a realizat verificarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor însoțitoare, precum și a modalității de îndeplinire a cerințelor de calificare.

În cadrul verificării, s-a constatat că operatorul economic ... SRL a prezentat Polița de asigurare de garanții pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire, emisă de City Insurance prin Safety Broker, având seria M, nr. 000107385. Aceasta îndeplinea condițiile de formă, în cuantum de 2.050 lei, valabilă până la data de 05.09.2021. Instrumentul de garantare era emis în numele entității contractante (SNN) ca beneficiar și este irevocabil și necondiționat. În poliță, se precizează faptul că s-a achitat prima de asigurare cu OP.

Conform cerinței din anunțul de participare simplificat nr. SCN1083631 din 25.03.2021, prevazuta la cap. III.1.6. Depozite și garanții solicitate: "...La data prezentei, emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la adresa <https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>".

Astfel emitentul politei depuse, respectiv Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance, nu îndeplinește cerința din anunțul de participare simplificat și documentatia de atribuire, deoarece nu se regăsește pe "Lista emitenților eligibili acceptați de SNN", publicată pe site-ul SNN SA, conform procedurii SNN, cod. MR-00-01.02 - Acceptarea emitenților de instrumente de garantare și a instrumentelor de garantare.

Prin urmare, în conformitate cu prevederile art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016, prin adresa nr. 1035/06.04.2021, s-a solicitat prin intermediul SICAP, cu termen de răspuns 09.04.2021, operatorului economic Messysystech SRL, ca în conformitate cu cerințele anunțului de

participare simplificat și fișei de date pc. III.1.6.a) Garanție de participare, să prezinte un instrument de garantare emis de unul dintre emitenții de instrumente de garantare români acceptați ce se regăsesc la adresa <https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>.

Operatorul economic ... SRL a transmis în SEAP, în interiorul termenului acordat, răspunsul nr. 41701/09.04.2021, semnat cu semnătură electronică, înregistrat la CNE cu nr. 920/09.04.2021, comunicând că nu este de acord cu solicitarea.

Ca urmare a acestui răspuns și ținând cont de prevederile procedurii interne a SNN "Acceptarea emitenților de instrumente de garantare și a instrumentelor de garantare", cod MR-00-01.02, rev. 4, comisia de evaluare a decis transmiterea unei noi solicitări operatorului economic ...SRL, comunicându-i că, în conformitate cu normele interne ale Nuclearelectrica, polița de asigurare seria M, nr. 000107385 emisă de City Insurance, prin Safety Broker de asigurare nu poate fi acceptată și solicitându-i ca în termen de 3 zile lucrătoare de la data solicitării să prezinte un instrument de garantare emis de unul dintre emitenții de instrumente de garantare români acceptați, în caz contrar oferta urmând a fi declarată inacceptabilă. Solicitarea de clarificări a fost transmisă în data de 29.04.2021, cu adresa nr. 1331/ 09.04.2021, având termen de răspuns data de 06.05.2021.

Prin adresa nr. 42016/06.05.2021, petenta a răspuns, în termen, la solicitarea de clarificări a entității contractante detaliind următoarele:

"Având în vedere solicitarea de clarificări nr. 1331/29.04.2021 referitoare la garanția de participare, prin prezenta vă reconfirmăm că am respectat documentația de atribuire aferentă acestei proceduri și considerăm că societatea CITY INSURANCE SA poate să fie inclusă în această listă pe care dumneavoastră ne-ați indicat-o în cadrul fișei de date, la punctul III.1.6 a).

Mai mult decât atât, în cadrul listei dumneavoastră precizați că "lista nu este exhaustivă ", iar în răspunsul dumneavoastră prezentat la ANAP, afirmați:

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

Polița de garanție de participare, prezentată în cadrul ofertei depuse, respectă atât legislația în vigoare cât și documentația de atribuire."

Entitatea contractantă învederează că toate criticile formulate prin intermediul contestației privesc conținutul documentației de atribuire. În fapt este o veritabilă contestație la documentația de atribuire, în condițiile în care, după publicarea în SEAP, documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie în forma în care a fost elaborată, atât față de ofertanți, în etapa de elaborare a ofertelor, cât și față de comisia de

evaluare, în etapa de evaluare a ofertelor, aspect transpus în legislația din materia achizițiilor publice prin intermediul dispozițiilor art.129 alin. (1) din HG 394/2016.

Motivele și criticile descrise vizează în totalitate contestarea cerințelor din fișa de date, după ce S.C. ... S.R.L. în calitate de ofertant a depus o ofertă în cadrul procedurii de achiziție organizată de CNE Cernavoda (AC), ceea ce înseamnă că a acceptat în totalitate cerințele entității contractante impuse prin caietul de sarcini și fișa de date.

Din această perspectivă, entitatea contractantă invocă excepția tardivității formulării contestației, întrucât petenta înțelege să solicite anularea adresei de solicitare clarificări nr.1331/29.05.2021, emisă de entitatea contractantă și a tuturor actelor subsecvente.

Entitatea contractantă apreciază că, prin acest demers, se încearcă a da o altă interpretare prevederilor inserate în fișa de date referitoare la forma și conținutul garanției de participare. În susținerea excepției, entitatea contractantă are în vedere prevederile art. 8 alin. 1) lit. (b) coroborat cu alin. 2) din Legea nr. 101/2016.

Prin Decizia nr. 2133/10.10.2011, pronunțată de Curtea de Apel București, într-un litigiu privind achizițiile publice s-a reținut că *"...exercitarea dreptului de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 78 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 (art. 172 alin. 1 din Legea 99/2016), nu conduce automat la prelungirea termenului de contestare a documentației de atribuire, pe de o parte, iar, pe de altă parte, că entitatea contractantă este ținută, conform alin. (2) al aceluiași articol, cu privire la demersul respectiv, de obligația de a răspunde „în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil”, acestea constituind singurele aspecte ce pot fi contestate, cu privire la un răspuns la clarificări. Prin urmare, refuzul entității contractante de a modifica prevederi ale documentației de atribuire, care nu a fost atacată în termenul legal, nu poate fi considerat, de drept, obiect al unei contestații împotriva răspunsului la clarificări.*

În acest sens, Curtea a învederat că răspunsurile la clarificări publicate în SEAP, nu pot conduce la repunerea contestatorului ... în termenul procedural, expres prevăzut de lege, atâta timp cât prevederile documentației de atribuire nu au fost atacate în termenul legal, care a început să curgă de la data publicării acestora în SEAP. Așadar, în lumina textelor de lege menționate anterior, Curtea a reținut că termenul în care se poate contesta documentația de atribuire curge de la data publicării acesteia și nu de la data la care s-a răspuns unei „clarificări”, care nu poate opera decalarea datei de la care începe să curgă termenul pentru formularea contestației împotriva actului sus-menționat.

Pe cale de consecință, entitatea contractantă solicită admiterea excepției tardivității formulării contestației.

Pe fond, entitatea contractantă menționează că scopul acestui tip de garanție este acela de a proteja entitatea contractantă în cazul unui comportament necorespunzător al ofertantului. În acest sens, este evident faptul că garanția trebuie să poată fi executată de către entitatea contractantă, iar, pentru aceasta este esențial ca instrumentele de garantare să fie emise de instituții de credit sau societăți de asigurări cu un risc cât mai mic de neplată atunci când se solicită plata/executarea garanției de către entitatea contractantă.

Entitatea contractantă învederează faptul că a respectat cu strictețe prevederile art. 42 alin. (5) din HG nr. 394/2016, respectiv:

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

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

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

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

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

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

Entitatea contractantă menționează că avizul conform condiționat menționat în contestație nu face obiectul procedurii contestate, având doar caracter de corespondență, nefiind transmis de către niciunul dintre membrii comisiei de evaluare și nici prin intermediul SICAP, așa cum este prevăzut în documentația de atribuire (pc. IV.4.3. punctul 8 din fișa de date).

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 24486/12.05.2021, SC ...S.R.L. formulează concluzii scrise prin care solicită respingerea excepției tardivității contestației, invocată de către entitatea contractantă, având în vedere următoarele argumente:

- În fișa de date, la punctul III 1.6 a) se menționează faptul că: *"garanția de participare se poate constitui prin: a) instrument de garantare (se poate utiliza ca model Formular III. 1.1.a.) emis de o*

instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

La data prezentei, emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la adresa <https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>."

În același document, aflat la adresa indicată, se regăsește, însă, o notă care precizează că:

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

- În documentația de atribuire nu există niciun fel de *"criterii de eligibilitate comunicate de SNN"*.

În aceste condiții, contestatoarea a apreciat că cerința din documentația de atribuire privind modalitatea de constituire a garanției de participare respectă prevederile legale din materia achizițiilor publice, întrucât face trimitere la o listă non-exhaustivă a emitenților.

În consecință, neavând critici cu privire la aceasta, contestatoarea a depus ofertă la termen în cadrul procedurii cu respectarea conținutului său, constituind garanția de participare printr-o poliță emisă de City Insurance SA.

În acest sens, prin adresa nr. 41701/09.04.2021 de răspuns la solicitarea de clarificări a entității contractante, SC ... S.R.L., în considerarea inclusiv a prevederilor legale incidente, a menționat, expres faptul că:

"Având în vedere că, așa cum precizați chiar dvs, "lista nu este exhaustivă" și că, în cadrul documentației de atribuire postată în SEAP nu se regăsesc "criteriile de eligibilitate comunicate de SNN", am considerat că societatea CITY INSURANCE SA poate să fie inclusă în această listă".

Văzând că la dosar, entitatea contractantă a depus o altă poliță față de cea aflată în discuția părților, aferentă unei alte proceduri de atribuire, Consiliul a solicitat depunerea poliței aferente contestației vizând procedura inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. .../25.03.2021.

Cu adresa nr. 588/28.05.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 28198/31.05.2021, autoritatea contractantă a transmis polița de asigurare seria M, nr. 000107385 emisă de City Insurance, prin Safety Broker de asigurare, aferentă acestei proceduri de atribuire.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA prin Sucursala CNE Cernavoda, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Instalație de curățat baterii de țevi pentru schimbătoare de căldură”. În acest sens a elaborat

documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 43.411 EURO, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Conform procesului-verbal nr. 982/29.04.2021 privind evaluarea garanției de participare a ofertanților, în cadrul procedurii a fost depusă o singură ofertă, respectiv de către contestatorul ... S.R.L.

Împotriva solicitării de clarificări nr. 1331/29.04.2021, prin care i se solicita depunerea unei alte polițe de asigurare din partea unui furnizor agreeat, ... S.R.L. a depus contestația de față, solicitând anularea respectivului act și luarea în considerare a garanției depuse. Contestația solicită și cheltuieli de judecată.

După depunerea contestației, contestația a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 4277,72 lei, prin recipisa de consemnare nr. 207172282/1/04.05.2021, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria.

Cauțiunea constituită se va restitui contestației, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

În ceea ce privește tardivitatea contestației, invocată de entitatea contractantă, Consiliul urmează a respinge excepția respectivă, având în vedere că cererea nu vizează prevederile documentației de atribuire, ci solicitarea de clarificări referitoare la înlocuirea garanției de participare emisă de o societate de asigurări cu una dintre cele agreeate, act față de care contestația este depusă în termen, respectiv în a șaptea zi de la solicitarea respectivă, astfel cum se prevede la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul contestației, Consiliul reține că ... S.R.L. critică solicitarea de clarificări nr. 1331/29.04.2021 susținând că a fost întocmită cu încălcarea documentației de atribuire, în contextul în care conține cererea de schimbare a emitentului instrumentului de constituire a garanției de participare.

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

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

La data prezentei, emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la adresa <https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>. (...)”

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

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

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

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

„(...), vă aducem la cunoștință că, în conformitate cu normele interne ale Nuclearelectrica, polița de asigurare seria M, nr. 000107385 emisă de City Insurance, prin Safety Broker de asigurare nu poate fi acceptată.

De aceea, avem rugămintea ca în termen de 3 zile lucrătoare de la data prezentei să prezentați un instrument de garantare emis de unul dintre emitenții de instrumente de garantare români acceptați se regăsesc la data de <https://www.nuclearelectrica.ro/wp-content/uploads/2021/02/Lista.pdf>, în caz contrar oferta dumneavoastră va fi declarată inacceptabilă.”

Reține Consiliul că ... S.R.L. a constituit garanția de participare prin Polița de asigurare seria M, nr. 000107385 emisă de City Insurance, prin Safety Broker de asigurare, care a și parafat respectiva poliță.

Problema în discuție, după cum rezultă din susținerile părților, este legată exclusiv de emitentul instrumentului prin care s-a constituit garanția de participare de către contestatoare, anume de o societate de asigurare care nu se află pe lista cu societățile agreeate de entitatea contractantă, postată la adresa la care aceasta a făcut trimitere în fișa de date a achiziției, listă întocmită în conformitate cu procedura internă cod MR-00-01.02.

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

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

La momentul de față nu se poate pune în discuție legalitatea includerii în documentația de atribuire a listei menționată, fiind evident o

critică referitoare la documentația de atribuire și, deci, tardivă, ci se poate verifica doar dacă contestatorul a acționat cu respectarea ei.

Deși a procedat la nivelul documentației de atribuire de maniera arătată, Consiliul constată că entitatea contractantă a înțeles să includă în cadrul listei menționată Nota în care a precizat că „*lista nu este exhaustivă, respectiv se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de SNN în cadrul documentațiilor de atribuire postate în SEAP.*”

Consiliul mai reține relevanța în cauză și a răspunsului autorității contractante cu privire la avizul conform condiționat emis de ANAP în exercitarea funcției de control ex-ante, de unde rezultă următoarele:

*„scopul celor 2 tipuri de garanții (n.n-garanția de participare și garanția de bună execuție) este acela de a proteja entitatea contractantă în cazul unui comportament necorespunzător al ofertantului și/sau prestatorului. În cazul particular al garanției de bună execuție, protecția se referă la executarea contractului atribuit; respectiv la îndeplinirea de către contractant, pe parcursul derulării contractului, a obligațiilor contractuale asumate, în mod corespunzător și la timp. În acest sens, este evident faptul că garanțiile trebuie să poată fi executate de către entitatea contractantă, iar pentru aceasta este esențial ca instrumentele de garantare să fie emise de institute de credit sau societăți de asigurări cu un risc cât mai mic de neplată atunci când se solicită plata executarea garanției de către entitatea contractantă. **În acest scop, în societatea noastră au fost stabilite prin proceduri operaționale interne o serie de reguli și criterii prudențiale de acceptare a emitenților de garanții, pentru diminuarea riscului anterior menționat și având în vedere experiențele din anii anteriori, în care au existat situații de imposibilitate de executare a garantelor contractuale și recuperarea prejudiciului creat societății de către anumiți contractori.***

Dorim să subliniem faptul că subscrisa am respectat cu strictețe prevederile art. 42 alin. (5) din HG nr. 394 2016. respectiv:

- Nu am nominalizat expres în documentația de atribuire o anume bancă sau o anume societate de asigurări pe care să o impunem sau să o interzicem ofertanților;

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

- Am asigurat totală transparență în cadrul procesului, precum și tratament egal, sens în care am inclus în documentația de atribuire toate informațiile necesare ofertanților pentru participarea la procedură, inclusiv criteriile prudențiale de acceptare a emitenților de garanții stabilite intern de subscrisa, ca parte a politicii de managementul riscurilor a companiei.

În vederea respectării principiului transparenței, pe lângă criteriile de eligibilitate detaliate pe larg în cadrul documentației de atribuire, subscrisa am publicat pe site-ul propriu o listă a emitenților de instrumente de garantare deja verificați și acceptați de către compartimentul de management al riscurilor, **precizând totodată că lista nu este exhaustivă, respectiv se pot accepta și alți emitenți dacă aceștia îndeplinesc criteriile de eligibilitate comunicate de SNN în cadrul documentatelor de atribuire postate în SEAP.**

De asemenea, SNN revizuieste periodic încadrarea emitenților de instrumente de garantare în regulile de prudențialitate ale societății și revizuieste, de regulă anual, regulile de prudențialitate

Astfel lista publicată de către SNN este una pur consultativă și nu creează nicio obligativitate pentru ofertanți în ceea ce privește alegerea emitenților de garanție sau asigurați menționați.

Prin urmare, considerăm că cerințele referitoare la garanția de participare și la garanția de bună execuție de la pct. 13 din Avizul ANAP sunt corecte, prudențiale și nu încalcă prevederile legale în domeniu”.

Consiliul reține că în cadrul documentației de atribuire nu se identifică criteriile de eligibilitate care trebuie să fie îndeplinite de emitenții care nu se regăsesc evidențiați în cadrul listei și nici entitatea contractantă nu indică unde s-ar regăsi acestea. De asemenea, chiar dacă acestea au fost depuse la dosar, Consiliul reține că nu prezintă niciun fel de relevanță pentru speța în discuție, din moment ce o procedură operațională nu poate contraveni legii. Refuzul unei polițe de asigurare trebuie să aibă la bază motive obiective, cum ar fi starea de insolvabilitate a emitentului poliței, imposibilitatea executării poliței în lipsa unor convenții între state, suspiciunea de fals a poliței, că ar avea informații de la autoritatea de supraveghere că nu și-ar onora polițele ș.a.m.d, în niciun caz simpla menționare/nemenționare pe o listă internă a entității contractante. În condițiile în care nu există suspiciuni referitoare la solvabilitatea emitentului poliței, nu există niciun motiv a respinge un ofertant care a constituit garanția în condițiile legii.

În același timp, chiar entitatea susține că lista este consultativă, or, fiind consultativă, nu se poate transforma într-una obligatorie, care să conducă la respingerea ofertantului. De asemenea, Consiliul reține că entitatea contractantă însăși susține în cadrul punctului de vedere referitor la contestație, că lista este una pur consultativă și nu creează nicio obligativitate în ceea ce privește alegerea emitenților de garanție sau asigurări menționați, aspect reluat din corespondența cu ANAP, dar, cu toate acestea, alege să o respingă pe contestatoare.

În acest context, în care nu se poate reține că lista la care face trimitere fișa de date este una limitativă, aspect susținut și de entitatea

contractantă, Consiliul constată că nu se identifică niciun motiv pentru care instrumentul de garantare depus de contestator să nu fie primit.

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

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

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

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

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

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

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

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

Textul respectiv nu poate fi interpretat în sensul menționat de entitatea contractantă în adresa către ANAP, „Nu am nominalizat expres în documentația de atribuire o anume bancă sau o anume societate de asigurări pe care să o impunem sau să o interzicem ofertanților;

- Nu am impus ofertanților să prezinte garanții emise doar de bănci sau emise doar de societari de asigurare (respectiv nu am limitat la numai una dintre cele 2 forme)”, fiind cert că orice bancă sau societate de asigurare aflată pe listă reprezintă o nominalizare expresă a acesteia, după cum orice bancă sau societate de asigurare care nu se regăsește pe listă este interzisă operatorilor, din moment ce entitatea acționează explicit în acest sens, dovadă contestația de față. În același timp, nu temeiurile legale invocate mai sus nu pot fi interpretate în sensul că autoritatea nu are dreptul a interzice prezentarea uneia dintre formele de garanție, scrisoare de garanție bancară sau poliță de asigurare, prevederea fiind una clară, în sensul că autoritatea nu poate alege prestatorul operatorului.

Ori, în speța de față, entitatea contractantă adoptă tocmai un comportament interzis explicit de textul enunțat, respectiv refuză un

instrument de garantare emis de o societate de asigurări din considerentul că nu s-ar afla printre cele indicate în documentația de atribuire. Faptul că textul respectiv se referă la un instrument, o bancă, o societate, nu se referă la un număr de bănci, ci este, în fapt, un articol nehotârât, aplicându-se, pe deplin, situației de speță.

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

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

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

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

În atare situație, Consiliul determină că transmiterea adresei nr. 1331/29.04.2021 este un demers care încalcă documentația de atribuire, după cum corect susține contestatorul, dar și legislația din materia achizițiilor publice, criticile acestuia fiind întemeiate.

Având în vedere considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. 2 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula solicitarea de clarificări nr. 1331/29.04.2021.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, va fi admisă, în temeiul alin. 9 al aceluiași articol, entitatea contractantă urmând să plătească contestatorului ... S.R.L suma de 1.785 lei, reprezentând onorariu de avocat, conform facturii nr. 248/05.05.2021, achitată prin serviciul de internet-banking al BCR.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de ... S.R.L, în contradictoriu cu, anulează solicitarea de clarificări nr. 1331/29.04.2021.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă ... S.A. la plata către ...S.R.L. a sumei de 1.785 lei, cu titlu de cheltuieli ocazionate de soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 18 (optsprezece) pagini.