



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ..., cu sediul în ..., având CUI ..., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., reprezentată prin ... - Director General, privind procedura simplificată - într-o singură etapă, organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect „*COSIT VEGETAȚIE IERBOASĂ*”, cod CPV 77310000-6 - Amenajare și întreținere de spații verzi (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- anularea adresei nr. ..., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii;
- reanalizarea garanției de participare depusă de ...;
- analizarea ofertei contestatoarei cu respectarea de către comisia de evaluare a atribuțiilor ce-i revin.

Prin cerea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată de ... - Administrator, s-a solicitat respingerea contestației formulate de ..., ca fiind nefondată.

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertant la procedura simplificată - într-o singură etapă, organizată de către autoritatea

contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect „COSIT VEGETAȚIE IERBOASĂ”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a invitației de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Cu privire la fondul cauzei, contestatoarea prezintă un scurt istoric al procedurii, arătând că prin adresa nr. ..., i s-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, motivul fiind neconstituirea garanției de participare, conform art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

... consideră că în cauză sunt incidente prevederile art. 35 și art. 36 din HG nr. 395/2016, articole redactate de acesta.

De asemenea, aceasta susține că pentru constituirea garanției de participare, a prezentat garanția nr. ..., emisă de Emitentul garanției de participare, respectiv ... este înscrisă în registrul general, ținut la Banca Națională a României, sub nr. ..., fiind supusă Legii 93/2009 privind instituțiilor financiare nebancare, așa cum rezultă din notificare emisă de Banca Națională, Direcția Reglementare și Autorizare, modificată de adresa nr. ..., emisă de Banca Națională.

Totodată, ... subliniază că din certificatul de înregistrare al ... rezultă că aceasta are ca principal obiect de activitate, cod CAEN 26499 – “Alte intermediari financiare – Emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare – Emiterea de garanții și asumarea de angajamente pentru garantarea creditelor și a altor instrumente de finanțare care pot fi obținute de întreprinderile mici și mijlocii, definite potrivit legii, de la bănci sau din alte surse”.

Drept urmare, contestatoarea opinează că ..., emitentul scrisorii de garanție nr. ... este o societate financiară nebanară, care are ca obiect principal de activitate, emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, definite potrivit legii, de la bănci, obiect de activitate autorizat de Banca Națională a României, înscrisă în Registrul General, ținut de Banca Națională a României, sub nr. ..., cerințele art. 36 alin. (1) din HG nr. 935/2016 fiind îndeplinite de emitentul scrisorii de garanție prezentată, contrar aprecierilor comisiei de evaluare.

... consideră decizia respingerii ofertei sale, ca fiind una abuzivă și nelegală, contrară dispozițiilor Băncii Naționale a României, care a autorizat emitentul ... a garanției de participare ..., să emită garanții, să asume angajamente de garantare, definite potrivit legii, de la bănci, conform obiectului său de activitate principal, așa cum este precizat în certificatul de înregistrare la Oficiul Național Registrului Comerțului, Oficiul Comerțului de pe lângă Tribunalul București nr. ... din ..., emis la data de

Pe cale de consecință, contestatoarea arată că polița de garanție nr. ... respectă toate dispozițiile art. 36 din HG nr. 935/2016 și solicitările din documentație de atribuire, astfel:

- garanția de participare este constituită printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de societate nebancară, autorizată de BNR să emite de garanții, asumare de angajamente de garantare, definite potrivit legii, de la bănci, care nu se află în situații speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condițiile legii;

- garanția de participare este constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire;

- garanția este irevocabilă;

- instrumentul de garantare prevede 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 și se prezintă autorității contractante, în original, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor;

- dovada constituirii garanției de participare a fost prezentată în original cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante, copia dosarului achiziției publice, garanția de participare constituită de ..., dovada transmiterii adresei nr. ..., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, precum și punctul de vedere cu privire la contestație, respectiv dovada comunicării acestuia contestatoarei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a comunicat punctul de vedere cu privire la contestația formulată de

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii, arătând că prin adresa nr. ..., înregistrată la ... sub nr. ..., ora ..., ... a depus garanția de participare în termen, în original. Garanția a fost emisă de o instituție financiară nebancară și a fost constituită prin scrisoare de garanție de participare la licitație nr. ..., irevocabilă, în valoare de 14.900 lei, valabilă pentru perioada 10.10.2016 – 17.02.2016. Conform normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016, la art. 36 alin. (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 (...)".

De asemenea, ... menționează că în urma analizării ofertei depuse în cadrul procedurii, în conformitate cu art. 134 alin. (2) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin HG nr. 395/2016 s-a solicitat ... clarificări cu privire la garanția de participare.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază că prin fișa de date, secțiunea III.1.1) Depozite valorice și garanții solicitate, cu privire la constituirea garanției de participare, se preciza 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 o societate de asigurări – asigurare de garanții".

Mai mult decât atât, ... arată că prin adresa nr. ..., ... a răspuns la solicitarea de clarificări motivând că "emitentul garanției bancare este o societate acreditată de BNR, iar scopul constituirii garanției bancare este atins, polița respectând în totalitate dispozițiile art. 36 din HG nr. 395/2016"

În plus, autoritatea contractantă arată că în situația în care societatea emitentă a garanției nu este una dintre cele enumerate de lege, se consideră că operatorul economic nu a depus garanția în conformitate cu prevederile legale și ca atare, oferta depusă de acesta se respinge, fiind considerată inacceptabilă în conformitate cu art. 215 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și art. 132 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016.

Un alt aspect subliniat de ... este că în luarea deciziei de respingere a ofertei ..., nu a invocat faptul că societatea emitentă a garanției nu ar avea dreptul legal de a emite garanții sau că prin scrisoarea de garanție depusă în cadrul procedurii nu sunt acoperite riscurile prevăzute de legiuitor în achiziții publice. Decizia s-a bazat strict pe considerentul legal că societatea emitentă a garanției este societate nebancară și nu una bancară cum prevede Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016 la art. 36 (1).

În aceeași ordine de idei, autoritatea contractantă menționează că documentul emis de Banca Națională, care atestă înscrierea în Registrul General a societății emitente a garanției bancare, act despre care se face vorbire în cuprinsul notificării prealabile, 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, astfel încât ... a respectat întru totul prevederile legale în materia achizițiilor publice.

... consideră că, prin documentația de atribuire, a respectat întru totul prevederile art. 36 alin. (5) pct. b) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr.

98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016, în documentația de atribuire nefiind impuneri privind garanții emise numai de către societăți bancare sau numai de către societăți de asigurări. Comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016, are obligația de a respinge ofertele inacceptabile.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis concluzii scrise, arătând că autoritatea contractantă a luat decizia de excludere de la procedură a ofertei sale, prin interpretarea strictă, abruptă și abuzivă a dispozițiilor art. 36 din HG nr. 395/2016.

În argumentarea afirmației sale, ... reiterează cele prezentate în cadrul contestației.

Prin cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. ..., ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Pe fond, intervenientul arată că prin art. 36 din HG nr. 325/2016 au fost reglementate condițiile de formă pentru constituirea garanțiilor de participare la procedurile de atribuire, una din aceste modalități fiind prezentarea unui instrument de garantare, emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări.

Astfel, ... precizează că instrumentul de garantare prezentat de contestator nu îndeplinește condițiile de formă prevăzute mai sus, datorită calității emitentului instrumentului de garantare, acesta fiind o societate nebancară.

În aceeași ordine de idei, intervenientul precizează că activitatea societăților bancare este reglementată prin OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului aprobată prin Legea nr. 227/2007. Ori, emitentul garanției de participare nu se supune acestei legi, activitatea acestuia fiind reglementată prin Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare. Totodată, acest emitent nu are calitate nici de societate de asigurare, nefiind sub incidența legii 32/2000.

Prin urmare, ... susține că autoritatea contractantă a declarat într-un mod corect oferta ..., ca fiind inacceptabilă, întrucât emitentul garanției de participare depusă de acesta nu are calitate de societate bancară în înțelesul legii sau de asigurări.

Intervenientul opinează că în speța de față nu are relevanță dacă emitentul garanției de participare avea sau nu capacitatea juridică de a emite instrumentul de garantare, atât timp, cât aceasta societate nu are calitate de instituție bancară (sau de asigurări). Condițiile de formă pentru constituirea garanțiilor de participare la procedurile de achiziții publice sunt exprese și limitative prevăzute de legiuitor, prin urmare nu poate fi primită interpretarea dată de contestatoare, cum că și instituțiile financiare nebancare ar fi de fapt

tot societăți bancare, întrucât ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus; autoritatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 325/2016, solicitându-i ... prin adresa nr. ... lămuriri cu privire la modalitatea constituirii garanției de participare, însă ofertantul nu a înțeles să înlăture viciile ofertei sale, astfel încât decizia autorității contractante de respingere, ca inacceptabilă a ofertei este una legală.

Consiliul are în vedere că ..., în calitate de ofertant desemnat câștigător în cadrul procedurii de atribuire în cauză, a formulat cerere de intervenție voluntară, cu respectarea dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, demers ce a fost încunoștințat părților interesate; cerere pe care Consiliul o admite în principiu, urmând a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect „*COSIT VEGETAȚIE IERBOASĂ*”, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr.

Din informațiile invitației de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de achiziții publice ce va fi atribuit, este de 794.514,23 lei, fără TVA, termenul de depunere a ofertelor fiind stabilit pentru 17.10.2016.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. ..., au fost depuse 4 oferte, cea aparținând contestatoarei fiind respinsă, ca inacceptabilă, deoarece scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. ..., prezentată, a fost emisă de către ..., care nu se încadrează în prevederile legale incidente.

Contestatoarea 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, cu modificările și completările ulterioare și ale documentației de atribuire, iar, pe de altă parte, emitentul are autorizație emisă de către Banca Națională a României pentru a acorda garanții.

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 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 bancar 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 băci sau de societăți de asigurări, prin neformularea unei contestații sau a unei solicitări de clarificări, contestatoarea avea obligația ca documentele depuse să respecte aceste cerințe așa cum au fost formulate.

Consiliul nu reține, în soluționare, susținerea contestatoarei legată de faptul că scrisoarea de garanție de participare la licitație prezentată a fost emisă de către o societate financiară nebanară autorizată de Banca Națională a României pentru a acorda garanții, deoarece, pe de o parte, aceasta nu respectă cerința documentației de atribuire, iar, pe de altă parte, deși contestatoarei, i s-au solicitat clarificări, prin adresa nr. ..., aceasta nu a depus diligențele necesare încadrării în prevederile fișei de date a achiziției, ci s-a limitat la argumentarea faptului că documentul prezentat satisface necesitatea autorității contractante.

Consiliul constată că decizia autorității contractante de a respinge, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei, din motivul mai sus menționat, respectă prevederile legislației în vigoare în materia achizițiilor publice, precum și principiile care stau la baza acesteia.

În baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție formulată de ..., pentru motivele evocate.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere potrivit art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare conform art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție formulată de ..., pentru motivele evocate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 8 (opt) pagini.