



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

DECIZIE

Nr...../...../.....

Data:

Prin contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./....., formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – ... cu sediul în, str..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI ..., reprezentată legal prin ... în calitate de Administrator, privind procedura simplificată într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiectivul «MODERNIZARE DRUMURI AGRICOLE DE EXPLOATARE ÎN COMUNA, JUDEȚUL»”, cod CPV 45233120-6, organizată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna, județul, s-a solicitat

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, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC ... SRL reclamă decizia autorității de respingere a ofertei sale, depusă în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, comunicată prin adresa nr. 113/09.03....., învederând în motivare următoarele:

În fapt, contestatorul menționează că, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 113/09.03....., transmisă prin intermediul SEAP-ului în data de 10.03....., autoritatea i-a adus la cunoștință că oferta depusă a fost declarată inacceptabilă având în vedere prevederile art. 134 alin. (5) și 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește evaluarea ofertei sale contestatorul menționează că prin adresa nr. 65/07.02..... autoritatea i-a transmis o solicitare de

clarificări prin care s-au solicitat explicații cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței privind garanția de participare. Ca răspuns la solicitarea autorității, contestatorul a încărcat în data de 10.02..... documentele justificative din care, în opinia acestuia, reiese în mod indubitabil că ... SA este autorizată de către BNR în vederea emiterii de garanții.

În susținerea deciziei de respingere a ofertei asocierii, autoritatea a reținut în adresa de comunicare a rezultatului că: *"Oferta este declarată inacceptabilă având în vedere prevederile art. 134, alin. (5) și 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016 din următoarele considerente:*

1. *Ofertantul și societatea nebancară interpretează eronat prevederile art. 36 alin. (5) din HG nr. 395/2016 în sensul în care legiuitorul clarifică faptul că o autoritate contractantă nu poate limita prin fișa de date prezentarea de instrumente de garantare emise numai de societăți bancare sau numai de societăți de asigurări, în niciun caz că poate accepta un instrument de garantare emis de o societate nebancară.*

2. *Sunt încălcate clar prevederile articolului 36 din HG nr. 395/2016. Se observă clar din cadrul răspunsului că ...este o societate nebancară și nu una bancară sau de asigurări.*

3. *Din consultarea secțiunii bibliotecă de spețe de pe site-ul anap.gov.ro se observă clar următoarele: întrebare: Autoritatea contractantă poate accepta constituirea garanției de bună execuție prin intermediul unui instrument emis de o instituție financiar nebancară? Răspuns: În ceea ce privește întrebarea dumneavoastră, precizăm că în conformitate cu prevederile art. 90 din HG nr. 925/2006 garanția de bună execuție se poate constitui printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o SOCIETATE BANCARĂ sau de o SOCIETATE DE ASIGURĂRI, prin depunerea la casieria autorității a unor sume în numerar dacă valoarea garanției este redusă ca valoare sau prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale. Prin urmare, având în vedere cele de mai sus, precizăm ca legislația în domeniul achizițiilor publice nu permite constituirea garanției de bună execuție printr-un instrument de garantare emis de o societate nebancară/instituție financiară nebancară, și, pe cale de consecință, considerăm ca autoritatea contractantă nu poate accepta instrumentul de garantare în discuție."*

Față de cele reținute de autoritatea contractantă contestatorul arată că interpretarea HG nr. 395/2016 a fost una literală și restrictivă iar pentru o aplicare corectă a sensului dat de către legiuitor rolului garanției de participare ca instrument de garantare a procedurilor de achiziție, art. 36 din HG nr. 395/2016 ar trebui să fie interpretat în mod logic și prin analogie ținând cont de faptul că garanția de participare este un act juridic civil fiindu-i incidente prevederile art. 2321 din NCC care definește în mod clar "Scrisoarea de garanție" ca fiind:

"(1) Scrisoarea de garanție este angajamentul irevocabil și necondiționat prin care o persoană, denumită emitent, se obligă, la solicitarea unei persoane denumite ordonator, în considerarea unui raport obligațional preexistent, dar independent de acesta, să plătească o sumă de bani unei terțe persoane, denumită beneficiar, în conformitate cu termenii angajamentului asumat.

(2) *Angajamentul astfel asumat se execută la prima și simplă cerere a beneficiarului, dacă prin textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel.*

(3) *Emitentul nu poate opune beneficiarului excepțiile întemeiate pe raportul obligațional preexistent angajamentului asumat prin scrisoarea de garanție și nu poate fi ținut să plătească în caz de abuz sau de fraudă vădită.*

(4) *Emitentul care a efectuat plata are drept de regres împotriva ordonatorului scrisorii de garanție.*

(5) *În lipsa unei convenții contrare, scrisoarea de garanție nu este transmisibilă odată cu transmiterea drepturilor și/sau obligațiilor din raportul obligațional preexistent.*

(6) *Beneficiarul poate transmite dreptul de a solicita plata în cadrul scrisorii de garanție, dacă în textul acesteia s-a prevăzut în mod expres.*

(7) *Dacă în textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel, aceasta produce efecte de la data emiterii ei și își încetează de drept valabilitatea la expirarea termenului stipulat, independent de remiterea originalului scrisorii de garanție - și prevederile art. 14 din cadrul Legii 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare din SECȚIUNEA 5: Activități permise care prevede că „(1) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele activități de creditare:... c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare””.*

În susținere contestatorul invocă Decizia civilă nr. 242 din 16 ianuarie 2014 a Curții de Apel

Prin adresa nr. 156/30.03..... înregistrată la Consiliu sub nr. 11353/30.03....., ..., în calitate de autoritate contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL precizând că în data de 07.02....., cu ocazia vizualizării ofertelor depuse în cadrul procedurii, a procedat la analiza documentelor transmise de ofertanți în vederea stabilirii dacă au fost îndeplinite condițiile prevăzute de lege, atât sub aspectul formei cât și al conținutului, cu privire la Garanția de participare. Având în vedere că ofertantul SRL a prezentat Contractul de garanție emisă de SC ... SA nr....., în valoare de 40.000 lei, valabil până la 11.06..... (126 zile), și raportându-se la prevederile legale care reglementează instituția Garanției de participare, autoritatea a consemnat în Procesul-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 63/07.02..... că sunt necesare clarificări. Astfel, prin adresa nr. 65/07.02..... autoritatea contractantă a solicitat contestatorului "Având în vedere prezentarea Contractului de garanție emisă de S.C.... S.A. nr..... vă rugăm să clarificați modul de respectare articolului 36 din HG 395/2016, respectiv "(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””.

În urma primirii acestei solicitări de clarificări, ofertantul contestator a transmis răspunsul său prin adresa nr. 66/13.02....., prin care a precizat că SC ... SA este autorizată de BNR să emită garanții, iar în

sprijinul acestei afirmații a atașat adresa din partea asigurătorului, în care acesta invocă prevederile art. 36 alin. (5) din HG nr. 395/2016. În demonstrarea celor menționate, contestatorul prezentând:

1. Adresa SC ... SA;
2. Aviz ...;
3. Certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul, din data 09.08.2016;
4. Certificat de înregistrare fiscală nr. ... rezultând - activitate principală: 6499-Alte intermediari financiare;
5. Modificare autorizare ...

Analizând aceste documente autoritatea a concluzionat că SC ... SA este o instituție financiară NEBANCARĂ, considerând în aceste condiții răspunsul ca fiind neconcludent. În consecință autoritatea a declarat oferta inacceptabilă conform prevederilor art. 134 alin. (5) și ale art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016 și a comunicat această decizie prin adresa nr. 113/09.03.....

În continuare autoritatea precizează că, prin răspunsul la notificarea prealabilă a menționat că nu achiesează la solicitările contestatorului considerând că, pe de o parte, sunt tardiv formulate iar pe de altă parte sunt neîntemeiate. Autoritatea învederează că în același sens califică și contestația nr. /..... (identică sub aspectul conținutului cu Notificarea prealabilă) având în vedere că atât ofertantul contestator, cât și societatea nebancară, în speță SC ... SA, au interpretat în mod eronat art. 36, alin. (5) din HG nr. 395/2016. Concret, autoritatea apreciază că legiuitorul, prin elaborarea acestor dispoziții, vine să clarifice de fapt prevederile alin. (1) al aceluiași articol de lege, respectiv: "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", astfel încât, la întocmirea fișei de date a achiziției, o autoritate contractantă să nu limiteze posibilitatea operatorilor economici de prezentare a instrumentelor de garantare fie numai la cele care sunt emise de către societăți bancare, fie numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări.

Prin urmare, autoritatea consideră că printr-o interpretare gramaticală și logică a conținutului normei juridice în discuție, prin raportare la conținutul alin. (1) al art. 36, se ajunge la concluzia că garanția de participare într-o procedură de atribuire se poate constitui, potrivit legii, prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, iar autoritatea nu trebuie să înțeleagă aceste dispoziții în sensul că poate prevedea în fișa de date a achiziției:

- că operatorii să prezinte numai instrumente de garantare emise de către societățile bancare;
- că operatorii să prezinte numai instrumente de garantare emise de către societăți de asigurări.

Concluzionând, autoritatea învederează că articolul de lege nu se referă în niciun caz la faptul că autoritatea poate accepta un instrument de garantare emis de societate nebancară, așa cum susține contestatorul,

având în vedere utilizarea cuvântului "numai" de două ori în cuprinsul alin. (5). Astfel, autoritatea susține că nu sunt respectate prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016 având în vedere că ... SA este o societate nebancară și nu una bancară sau de asigurări, așa cum impune textul de lege.

Având în vedere cele anterior menționate autoritatea afirmă că, în mod eronat, autorul contestației a calificat interpretarea COMUNEI ca fiind una "literală și restrictivă", din moment ce legislația în domeniul achizițiilor publice nu permite constituirea garanției de participare printr-un instrument de garantare emis de o societate nebancară/ instituție financiară nebancară. Se subliniază că autoritatea nu poate, printr-o interpretare extensivă a legii, să procedeze la acceptarea unei scrisori de garanție emisă de o societate nebancară, neglijând textul de lege și, implicit, condițiile expres prevăzute de legiuitor pentru valabilitatea garanției de participare.

În acest context autoritatea atrage atenția asupra faptului că, în speță, trebuie avute în vedere următoarele chestiuni privitoare la raportul dintre reglementările din domeniul achizițiilor publice și cele de drept comun:

1. dreptul civil este o ramură a dreptului privat, care reglementează raporturile patrimoniale și personale nepatrimoniale stabilite între persoane fizice și persoane juridice, aflate pe poziții de egalitate juridică;

2. potrivit art. 3 alin. 1 lit. I din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, contractul de achiziție publică este "contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii";

3. dreptul civil este considerat „DREPT COMUN” în doctrină și jurisprudență, în ideea că, în unele situații în care o ramură de drept (în speță, a achizițiilor) nu conține norme proprii pentru a reglementa un caz concret, se apelează la dreptul civil care „împrumută” principiile ori normele sale pentru acel caz, or, în cazul de față, nu este vorba despre această situație. Este de principiu că, baza principiului *lex specialis derogat legi generali*, legea generală (dreptul comun) se aplică în orice materie și în toate cazurile, mai puțin în acelea în care legiuitorul stabilește un regim special și derogatoriu, instituind în anumite materii reglementări speciale (legea achizițiilor), care sunt prioritare față de norma de drept comun, ce, în astfel de situații, se aplică numai unde legea specială nu dispune. Prin urmare, se consideră că, numai în situația în care legislația achizițiilor nu ar fi prevăzut expres că "garanția de participare se poate constitui printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară ori de o societate de asigurări" și s-ar fi limitat doar la o formulare generală cum ar fi, exempli gratia, „garanția de participare se poate constitui printr-un instrument de garantare", autoritatea ar fi putut accepta, prin raportare la dreptul comun, un instrument de garantare emis de o instituție financiară nebancară.

Raportat la cele anterior arătate autoritatea consideră că în mod temeinic a considerat răspunsul asocierii ca fiind unul neconcludent și a procedat la declararea ofertei ca inacceptabilă.

Prin adresa nr. 11541/..... /31.03..... Consiliul, pentru respectarea principiului contradictorialității prevăzut la art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a solicitat contestatorului un punct de vedere privind tardivitatea contestației invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

La solicitarea Consiliului contestatorul a răspuns prin adresa nr. 358/03.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. 11912/04.04....., precizând că a transmis notificarea prealabilă prin intermediul SEAP în data de 15.03..... împotriva deciziei autorității comunicată prin adresa nr. 113/09.03..... și încărcată în SEAP în data de 10.03..... Având în vedere că, în speță, legislația în domeniu prevede un termen acordat pentru exercitarea dreptului la acțiune de 5 zile, în opinia contestatorului, excepția tardivității nu poate fi invocată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat atribuirea prin procedură simplificată într-o singură etapă, online a contractului de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiectivul «MODERNIZARE DRUMURI AGRICOLE DE EXPLOATARE ÎN COMUNA, JUDEȚUL»”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. /, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În procesul verbal nr. 63/07.02.2016 de vizualizare a ofertelor comisia de evaluare a consemnat depunerea a douăsprezece oferte, împreună cu alte elemente constatate cu ocazia vizualizării ofertelor.

În procesul verbal nr. 69/16.02..... autoritatea a consemnat respingerea ofertei depusă de asocieria SC SRL – SC ... SRL ca fiind inacceptabilă conform prevederilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016

Împotriva acestei decizii SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC ..., a depus contestația ce formează obiectul dosarului nr...../.....

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității contestației invocată de autoritate, pe care urmează să o respingă având în vedere că împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 113/09.03....., transmisă prin intermediul SEAP-ului în data de 10.03....., contestatorul a formulat Notificarea nr. 334/15.03....., comunicată autorității prin intermediul SEAP în data de 15.03..... Ulterior acestei Notificări, autoritatea contractantă a comunicat în data de 20.03....., răspunsul său,

Față de răspunsul primit, SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC ... SRL, a înaintat contestația sa atât Consiliului la data de 24.03....., cât și autorității contractante, la data

de, cu respectarea termenului de 5 zile prevăzut de legiuitor la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește fondul contestației, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația SC SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

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.*

.....
(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”.*

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că, pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind constituirea garanției de participare, ofertantul asociere SRL– SC ... SRL a prezentat Contractul de garanție emis de SC ... SA nr....., în valoare de 40.000 lei, valabil până la 11.06..... (126 zile), SC ... SA fiind o societate financiară nebancară.

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 prezentat nu respectă dispozițiile legale mai sus enunțate, nefiind emis de o societate bancară sau de o societate de asigurări. În mod evident, interpretarea dată de contestator dispozițiilor art.36 alin.(5) lit.b) din HG nr. 395/2016 este una eronată întrucât textul de lege se referă la interdicția ca autoritățile contractante să accepte într-o procedură de achiziție publică doar instrumente de garantare emise de societăți bancare sau doar numai pe cele emise de către societăți de asigurări, și, nici într-un caz, posibilitatea acceptării unor instrumente de garantare emise de societăți financiare nebancare. Totodată, Consiliul apreciază ca fiind nerelevante trimiterile contestatorului la dispozițiile dreptului comun, de vreme ce dispozițiile speciale în materia achizițiilor publice impun modalitatea de constituire a garanției de participare, ori, potrivit unui cunoscut principiu „specialia generalibus derogant”.

În consecință, Consiliul constată că decizia autorității contractante de a respinge ca inacceptabilă oferta asocierii SC SRL – SC ... SRL respectă prevederile legislației în vigoare în materia achizițiilor publice, precum și principiile care stau la baza acesteia.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC ... SRL, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC ... SRL în contradictoriu cu

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 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

...

...