

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. 1022/C8/836

Data: 19.04.2024

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. 16666/19.03.2024, formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ..., cu sediul în ..., înregistrată la ONRC sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată prin administrator ..., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6612/11.03.2024 și a adresei nr. 6611/11.03.2024, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, reprezentată convențional de ...", cu sediul în În cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „EXECUȚIE LUCRĂRI ÎN CADRUL PROIECTULUI – RENOVARE ENERGETICĂ A CLĂDIRILOR PUBLICE – COMPLEX SERVICII COMUNITARE BREAZA – STR. OCINEI NR. 2” (anunț de participare nr.), s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6612/11.03.2024 și a adresei nr. 6611/11.03.2024 prin care procedura a fost anulată;
- anularea tuturor actelor care au stat la baza raportului procedurii nr. 6611/11.03.2024;
- obligarea autorității contractante la reluarea și continuarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertei ... și stabilirea rezultatului procedurii cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile.

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

Prin contestația formulată, ... critică decizia „... de a-i respinge ca inacceptabilă oferta, apreciind ca nelegal motivul invocat în luarea acestei decizii și anume faptul că a prezentat o scrisoare de garanție care nu este în conformitate cu prevederile legale, respectiv a fost constituită prin scrisoare de garanție emisă de o instituție financiară nebanară din Uniunea Europeană care nu ar avea inclusă în obiectul de activitate

emiterea de instrumente de garantare și nu s-ar afla înregistrată în Registrele privind instituțiile financiare bancare ținute de banca centrală.

Potrivit contestatorului, cu privire la acest aspect a purtat o corespondență de clarificare cu autoritatea contractantă, ocazie cu care a atașat răspunsului informarea emisă de LEORM FINANCE, în care au fost menționate explicații elocvente referitoare la calitatea și dreptul autorizat al acestei instituții financiare nebankare de a emite scrisori și angajamente de garanție, raportat și la notificarea Autorității Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP) din data de 05.08.2022, în care se menționează că Banca Națională a României, în calitate de autoritate de supraveghere prudențială a instituțiilor de credit din România recomandă autorităților contractante să consulte toate bazele de date disponibile în vederea identificării capacității financiare reale a emitenților scrisorilor de garanție/ bilelor la ordin BREL3AA 0779628 și BREL3AA 0754642.

În opinia contestatorului, în mod eronat autoritatea contractantă a apreciat răspunsul transmis ca neconcludent, deoarece pe de o parte răspunsul nr. XIV/5/862/01.03.2024, transmis de către BNR-Direcția Comunicare și Relații cu Publicul, s-a raportat la informații primite în noiembrie 2023, interogare mult prea veche raportat la faptul că scrisoarea de garanție a fost emisă în data de 16.02.2024. Pe de altă parte LEORM FINANCE la data de 29.02.2024 este înregistrată în Registrul MTR, în *Registrul autorității competente să opereze astfel de înregistrări*, domeniul de activitate al societății este în aria de activitate în care operează ca instituție financiară, fiind precizat și codul 64991 activităților desfășurate și autorizate în care este inclusă și activitatea de emiteri scrisori de garanție și angajamente.

Mai arată contestatorul că LEORM FINANCE (1) este o instituție financiară în sensul art. 4 alin. (1) pct. 26 din Regulamentul UE nr. 575/2013, beneficiind de principiul autorizației unice și exercitării supravegherii de către autoritatea competentă din statul de origine cu recunoașterea reciprocă a criteriilor naționale de supraveghere, (2) are numărul licenței de funcționare FFA 000348, operând ca instituție financiară și desfășurând activități de servicii financiare care includ și activitățile de emiteri scrisori de garanție și angajamente, conform

codului 64991, din *Clasificarea Activităților din Economia Națională Estoniană EMTAK* - echivalentul clasificării CAEN din România și (3) a mai emis și alte scrisori de garanție în favoare Consiliului Județean Prahova, scrisori ce au fost acceptate.

În consecință, apreciază că decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă este una nelegală și nejustificată, iar în condițiile în care aceasta a fost singura ofertă rămasă în procedură, decizia de anulare a procedurii este, de asemenea, nelegală.

Prin punctul de vedere nr. 518/25.03.2024, înregistrat la Consiliu cu nr. 18363/25.03.2024, autoritatea contractantă a invocat lipsa capacității pasive de folosință și a calității procesuale pasive a Consiliului Județean Prahova, iar pe fond a solicitat respingerea contestației cu consecința menținerii raportului procedurii nr. 6611/11.03.2024, a comunicării privind rezultatul procedurii și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei de declarare ca inacceptabilă a ofertei contestatorului și de anulare a procedurii de atribuire.

Cu privire la excepțiile invocate, autoritatea contractantă arată că, pe de o parte, Consiliul Județean Prahova, indicat eronat de contestator ca fiind autoritatea contractantă care a inițiat procedura contestată, nu are personalitate juridică neavând, astfel, nici capacitate procesuală pasivă de folosință în raport cu prevederile speciale în materia achizițiilor publice. Potrivit Legii nr. 101/2016, Consiliile Județene au capacitate procesuală de folosință într-o singură ipoteză, și anume atunci când au calitatea de autoritate contractantă.

De asemenea, invocă și lipsa calității procesuale pasive a Consiliului Județean Prahova, sens în care arată că prezenta procedură a fost inițiată de ..., singura entitate căreia legea îi recunoaște calitatea procesuală în eventualele litigii ce decurg din atribuirea contractului.

Pe fond, autoritatea contractantă arată că, în vederea respectării cerinței de la secțiunea *III.1.6 a) Garanție de participare* din fișa de date a achiziției, contestatorul a optat pentru constituirea garanției prin intermediul unei scrisori de garanție, emisă de o instituție financiară nebancară cu sediul în Estonia, fiind depusă în acest sens Scrisoarea de garanție seria LR021624 nr. 0X769 emisă de LEORM FINANCE.

Pentru a clarifica modul în care, raportat la dispozițiile legale în materie, ... a apreciat faptul că scrisoarea depusă îndeplinește cerința documentației de atribuire, comisia de evaluare a procedat la solicitarea de clarificări.

Ca urmare a răspunsului primit din partea contestatorului, s-a apreciat ca utilă solicitarea unui punct de vedere de la Banca Națională a României cu privire la scrisoarea de garanție depusă.

Astfel, din analiza dispozițiilor legale în materie, coroborat cu Răspunsul nr. X1V/5/862/01.03.2024, emis de Direcția de Comunicări și

Relații cu Publicul al Băncii Naționale a României, a rezultat faptul că, pentru ca o scrisoare de garanție emisă de o instituție financiară nebancară din alt stat să fie considerată ca îndeplinind cerințele art. 154 alin. (4), trebuie să se înscrie în una din următoarele ipoteze:

- fie să fie emisă de o instituție financiară nebancară care a făcut obiectul unei notificări, (i) fie către BNR în vederea prestării de servicii direct sau prin intermediul unei sucursale pe teritoriul României, (ii) fie pentru înregistrarea în Registrele privind instituțiile financiar bancare ținute de banca centrală;

- fie să fie emisă de o instituție financiară nebancară care poate derula cu titlu profesional pe teritoriul României, în conformitate cu prevederile art. 14 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2023, activitate de creditare (emiterea de garanții și asumarea de angajamente de garantare), fără a fi necesar în acest caz ca respectiva instituție să fi făcut obiectul unei notificări.

După cum rezultă din informațiile pe care autoritatea contractantă le-a avut la dispoziție la momentul evaluării îndeplinirii cerinței, scrisoarea de garanție depusă a fost emisă de o instituție financiară nebancară care nu se încadra în niciuna din aceste ipoteze.

În ceea ce privește prima ipoteză, astfel cum rezultă atât din adresa emisă de BNR, cât și din răspunsul la solicitarea de clarificări transmis de contestatoare, LEORM FINANCE nu a făcut obiectul notificării către Banca Națională a României, fie în vederea prestării de servicii în mod direct sau prin intermediul unei sucursale, în conformitate cu prevederile art. 54 din OG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, fie pentru înregistrarea în Registrele privind instituțiile financiar bancare ținute de banca centrală conform prevederilor Legii 93/2009.

Din informarea emisă de instituția financiară a rezultat faptul că lipsa notificării a fost justificată de aceea că, fiind instituție financiară în sensul art. 4 din Regulamentul UE nr. 575/2013, LEORM FINANCE poate presta direct activități de creditare constând în emiterea de scrisori de garanție, fără niciun fel de autorizare sau notificare.

Având în vedere răspunsul transmis, comisia de evaluare a verificat în ce măsură o astfel de instituție are dreptul de a presta direct servicii pe teritoriul României. În acest sens, având în vedere și dispozițiile art. 14 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, s-a concluzionat că LEORM FINANCE nu îndeplinește condițiile pentru a desfășura direct activități de creditare pe teritoriul României întrucât, deși este autorizată în baza legislației naționale ca instituție financiară, nu are în obiectul de activitate emiterea de instrumente de garantare și nici nu este însă afiliată unei instituții de credit.

Astfel, a rezultat că scrisoarea de garanție a fost emisă de o instituție financiară nebancară care nici nu a notificat/făcut obiectul vreunei notificări, nici nu are drept de a desfășura direct activități de creditare pe teritoriul României.

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la faptul că LEORM FINANCE era, la data de 29.02.2024 înregistrată în Registrul MTR; registru echivalent Registrului Comerțului, autoritatea contractantă arată că data de 29.02.2024 este ulterioară momentului emiterii scrisorii de garanție, iar la momentul emiterii acesteia instituția nu avea în obiectul de activitate emiterea de garanții. De altfel, contestatoarea nu a făcut dovada obiectului de activitate al societății.

Prin adresa nr. 18/27.03.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 18986/27.03.2024, contestatorul ... a precizat că înțelege să poarte acest litigiu în contradictoriu cu ... în calitate de autoritatea contractantă și nu cu Consiliul Județean Prahova.

Prin adresa nr. 8943/03.04.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 21132/05.04.2024, autoritatea contractantă a transmis dosarul achiziției în format electronic.

Preliminar, Consiliul constată că societatea ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210076324/1 din data de 25.03.2024, emisă de CEC Bank, în cuantum de 101.291,59 lei.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „EXECUȚIE LUCRĂRI ÎN CADRUL PROIECTULUI – RENOVARE ENERGETICĂ A CLĂDIRILOR PUBLICE – COMPLEX SERVICII COMUNITARE BREAZA – STR. OCINEI NR. 2”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat ..., criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi încheiat este de 5.064.579,37 lei, fără TVA.

Având în vedere invocarea de către autoritatea contractantă a excepției lipsei capacității pasive de folosință și excepția lipsei calității

procesuale pasive a Consiliului Județean Prahova, Consiliul le va analiza cu prioritate, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Excepțiile au intervenit din cauza faptului că ofertantul contestator a făcut referire la autoritatea contractantă „Consiliului Județean Prahova”, în loc de „Județul Prahova”.

Consiliul constată că punctul de vedere față de contestație este formulat chiar de Consiliul Județean Prahova („*subscrisa Consiliului Județean Prahova*”), prin reprezentanții convenționali SCPA CEPARU ȘI IRIMIA, care au ridicat cele două excepții. De asemenea, punctul de vedere este semnat de „Consiliul Județean Prahova, prin societatea de avocați Ceparu și Irimia ”.

De asemenea, în corespondența electronică (din data de 25.03.2024), ce are atașat punctul de vedere al achizitorului, reprezentanții convenționali comunică organismului administrativ-jurisdicțional următoarele:

„In calitate de reprezentanți convenționali al părții ... va transmitem prezentul Punct de vedere, formulat în cadrul procedurii de atribuire a Acordului-cadru de achiziție publică – „Execuție lucrări în cadrul proiectului „Renovare energetică a clădirilor publice – Complex servicii comunitare Breaza, str. Ocinei, nr. 2, jud. Prahova, dosar nr. 836/C8/2024.”.

Din argumentele punctului de vedere, formulat de ..., referitoare la excepțiile invocate, se înțelege că acest punct de vedere a fost întocmit de o entitate care nu are capacitatea pasivă de folosință și nici calitatea procesuală pasivă și care nu a inițiat procedura contestată, aceste drepturi fiind ale ...

Astfel, deoarece chiar autoritatea contractantă (care a invocat cele două excepții) folosește, pentru a se identifica, denumirea „Consiliul Județean Prahova”, organismului administrativ-jurisdicțional constată că

Cu privire la acest aspect, Consiliul are în vedere că, prin adresa nr. 18/27.03.2024, contestatorul precizează că litigiul este în contradictoriu cu ..., nu cu ..., ceea ce reprezintă recunoașterea, de către petent, a unei erori materiale cu referire la denumirea autorității contractante.

Prin urmare, corectarea acestei erori este permisă, având în vedere că toate celelalte din contestație (număr anunț, procedura de atribuire, adresa achizitorului) fac referire la procedura de atribuire inițiată de

Mai mult, punctul de vedere este formulat chiar de Consiliul Județean Prahova, aceasta înțelegând eroarea, formulând apărări pe fond, față de contestație.

Trecând la analiza pe fond a contestației, Consiliul reține că litigiul părților privește modalitatea de constituire a garanției de participare, de către BIONIC RESIDENCE SRL, având în vedere că aceasta a prezentat o scrisoare de garanție de participare- seria LR021624 nr. 01769, emisă de instituția financiară nebancară LEORM FINANCE, în data de 16.02.2024.

În soluționare, Consiliul reține că autoritatea contractantă a solicitat un punct de vedere de la BNR referitor la scrisoarea de garanție, seria LR021624 nr. 01769, emisă de LEORM FINANCE, astfel:

«Pentru corecta și legala desfășurare a procedurii de achiziție publică vă rugăm să ne sprijiniți prin emiterea unui punct de vedere privind:

- Legalitatea, din perspectiva Băncii Naționale a României, a Scrisorii de garanție de participare SERIA LR021624 NR. 01769 emisa de o entitate financiară din Estonia având menționat în cadrul acesteia ca „*Legea aplicabila prezentei garanții de participare este legea română*”.

- Existența entității LEORM FINANCE (LEORM O.U), având domiciliul legal în U.E. Estonia, Tallinn, Hariu County, Parnu St. Nr. 142, licența de instituție financiară nr. FFA000348 în registrul instituțiilor din alte State Membre UE pentru care autoritățile competente au notificat BNR pentru furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României.

- Existența prevederilor legale privind mecanismul de decontare al garanției acoperite de Scrisoarea de garanție de participare SERIA LR021624 NR. 01769 emisa de către LEORM FINANCE (LEORM O.U), având domiciliul legal în U.E. Estonia, Tallinn, Hariu County, Parnu St. Nr. 142, licența de instituție financiară nr. FFA000348.”.

BNR a transmis achizitorului următorul răspuns:

„In acord cu cele comunicate Băncii Naționale a României - Direcția Supraveghere (noiembrie 2023), în exercitarea atribuțiilor sale legale, de către autoritatea competentă din statul membru de origine - Estonian Financial Intelligence Unit (<https://fiu.ee/en>). entitatea vizată este o instituție financiară autorizată de autoritatea antemenționată, **fără a avea inclusă în obiectul de activitate emiterea de instrumente de garantare.**

Cu titlu informativ, precizăm că, potrivit art. 14 alin.(1) lit. c) din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, cu modificările și completările ulterioare, **emiterea de garanții și asumarea de angajamente de garantare reprezintă activitate de creditare și se poate derula cu titlu profesional pe teritoriul României doar în condițiile stabilite de acest act normativ și doar de către entitățile menționate** expres la art. 2 alin.(1) din lege, respectiv, printre altele, prin:

- a) instituții de credit;

- b) instituțiile financiare prevăzute la secțiunea a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și

completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu dispozițiile respectivului act normativ;

c) instituții financiare nebancare, în condițiile stabilite prin Legea nr. 93/2009 și prin reglementările emise în aplicarea acesteia.

Astfel, Leorm Finance (Leorm O.U.) **nu are calitatea de entitate care se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 2 alin.(1) din Legea nr. 93/2009**, întrucât această societate este o persoană juridică cu sediul în Estonia, autorizată în statul membru în baza legislației naționale ca instituție financiară, fără să fie filială a unei instituții de credit. **Ca atare, pentru Leorm Finance devine incidentă interdicția prevăzută la art. 2 alin.(2) din Legea nr. 93/2009.**

Subliniem, în context, faptul că entitatea în discuție nu a făcut obiectul notificării către Banca Națională a României, fie în vederea prestării de servicii în mod direct sau prin intermediul unei sucursale, în temeiul dispozițiilor art. 54 din Ordonanța de urgență nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, adoptată cu modificări și completări prin Legea nr. 207/2007, cu modificările și completările ulterioare, fie pentru înregistrarea în Registrele privind instituțiile financiare nebancare ținute de banca centrală (<https://www.bnr.ro/ReRistre-si-Liste-717.aspx>), conform prevederilor art. 25 - 27 din Legea nr. 93/2009 a instituțiilor financiare nebancare, cu modificările și completările ulterioare.

Menționăm că dispozițiile invocate au un caracter imperativ și reglementează expres situația instituțiilor financiare din alte state membre, din perspectiva posibilității acestora de a-și desfășura activitatea pe teritoriul României.

Distinct, întrucât cadrul normativ aflat în sfera de responsabilitate a instituției noastre nu vizează aspecte ce țin de reglementarea în materia achizițiilor publice sau de emiterea unor scrisori de garanție pentru participarea la și/sau încheierea unor contracte de achiziție publică, precizăm, cu titlu general, că, în contextul celor solicitate de dumneavoastră și al celor anterior expuse, exprimarea unui punct de vedere de către Banca Națională a României cu privire la aspecte care privesc (n.n. exemplificativ, dar fără a fi limitativ) capacitatea financiară a unor entități care nu sunt înscrise în registrele/listele instituției noastre și/sau valabilitatea unor instrumente de garantare emise de acestea excedează aria de competență a băncii centrale.

În baza mandatului instituțional acordat BNR, formulăm recomandarea ca, pentru evitarea unor situații care să conducă la neîndeplinirea angajamentelor

asumate, prin emiterea unor scrisori de garanție, de diferite entități care nu se regăsesc înscrise în registrele/listele băncii centrale, să fie luată în considerare evaluarea prealabilă a acestora, din perspectiva tuturor cerințelor legale aplicabile, de către potențialii beneficiari ai respectivelor instrumente de garantare.

Din legislația aplicabilă IFN-urilor, dar și din răspunsul transmis de BNR, pentru activitățile de emitere garanții și asumarea de angajamente de garantare, LEORM FINANCE ar fi trebuit să aibă inclusă în obiectul de activitate emiterea de instrumente de garantare.

Or, scrisoarea de garantare a fost emisă în data de 16.02.2024 de o instituție care nu avea autorizat obiectul de activitate privind emiterea de instrumente de garantare.

Nu are relevanță faptul că, ulterior, în data de 29.02.2024, LEORM FINANCE și-a înregistrat în Registrul MTR activitatea care i-ar permite emiterea de instrumente de garantare.

Astfel, întrucât scrisoarea de garanție bancară a fost emisă de o instituție financiară care nu avea, legal, acest drept, în mod corect autoritatea contractantă a respins oferta ca inacceptabilă, în temeiul art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Nefiind motive de anulare a deciziei de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul va respinge și acest capăt de cerere.

Având în vedere cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, excepțiile invocate de autoritatea contractantă.

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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,
Sorin
POPA

Redactat practicaua deciziei,
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 8 pagini.