

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

DECIZIE

Nr. 555/C1/439

Data: 05.03.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 9276/14.02.2024, formulată de SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, împotriva rezultatului procedurii, emis de către autoritatea contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Proiect tehnic de execuție (PTE), inclusiv asistența tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări - Reabilitare termică și modernizare clădiri unități de învățământ secundar superior din - Liceul Național de Informatica Arad, str. Udrea, nr. 22” cod CPV 45000000-7, s-a solicitat:

1. anularea raportului procedurii nr. 10356/07.02.2024, a actelor care au stat la baza acestuia, cât și a celor cu caracter subsecvent, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii;

2. reluarea procesului de evaluare în procedura mai sus indicată cu raportare la criticile sale, respectiv cu includerea sa și analiza ofertei depuse.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicită acordarea accesului la dosarul achiziției publice, după ce acesta va fi transmis de autoritatea contractantă.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

I. În fapt, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat SCN 1132554/09.10.2023, având ca obiect „Proiect tehnic de execuție (PTE), inclusiv asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări - Reabilitare termică și modernizare clădiri unități de învățământ superior din - Liceul Național de Informatică Arad, str. Udrea, nr. 22” și o valoare estimată de 10.176.974,58 lei fără TVA.

Contestatorul precizează că, în data de 07.02.2024, autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul procedurii nr. 10356 conform căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă în baza art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, deoarece entitatea(.....) care a emis scrisoarea de garanție de participare la licitație, conform răspunsului BNR înregistrat la, nu ar avea cuprins în obiectul de activitate emiterea de instrumente de garantare.

De asemenea, arată că, conform comunicării rezultatului procedurii nr. 10370/07.02.2024, în ciuda faptului că a răspuns solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă făcând trimitere atât la prevederile legale cât și la recomandările ANAP în ceea ce privește societățile de asigurare și instituțiile de credit, autoritatea, în urma unei solicitări formulate către ASF și a unui „răspuns telefonic”, respectiv a unui răspuns BNR a declarat oferta noastră inacceptabilă.

Contestatorul arată că urmare a declarării ofertei sale ca fiind inacceptabilă în etapa verificării documentelor de calificare, aceasta nu a mai făcut obiectul verificării tehnice și financiare deși, în opinia sa a depus o ofertă conformă care putea fi declarată câștigătoare în raport cu celelalte oferte considerate admisibile.

În urma aplicării criteriului de atribuire, fără includerea societății sale în aplicarea algoritmului de calcul, a fost declarată câștigătoare oferta depusă de Asocierea SRL - cu un punctaj total de 100 puncte și o ofertă financiară de 9.179.631 lei.

II. În mod nelegal autoritatea a declarat inacceptabilă oferta societății sale;

Consideră că autoritatea a evaluat într-o manieră eronată și nelegală, oferta sa, respectiv garanția de participare depusă, în considerarea următoarelor aspecte:

- Temeiul respingerii ofertei sale a fost indicat ca fiind art. 132 alin. 3 din Normele aprobate prin HG nr. 395/2016 care stipulează că: „(3) În condițiile art. 215 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 ale 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”.

Solicită să se observe că nu se regăsește în ipoteza indicată, în condițiile în care societatea sa a răspuns solicitării formulate, oferind autorității toate informațiile necesare pentru a concluziona în sensul valabilității garanției de participare. Drept urmare, în niciun caz nu se poate concluziona în speță, că el nu ar fi răspuns solicitării de clarificare.

- Pe de altă parte, arată că autoritatea nici măcar nu indică în comunicarea rezultatului procedurii motivul concret pentru care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, respectiv viciile clare ale garanției sale de

participare. Astfel, analizând conținutul comunicării se poate observa faptul că, suplimentar temeiului legal la care a făcut referire supra, autoritatea se limitează a reda istoricul verificărilor efectuate și de a cita un paragraf din adresa BNR fără însă a concluziona corespunzător cu privire la documentul depus de el.

Mai mult, examinând conținutul adresei BNR anexată comunicării rezultatului procedurii, susține că poate observa că autoritatea scoate din context paragraful citat și omite cu desăvârșire alte aspecte relevate de către această instituție, respectiv faptul că nu intră în aria acesteia de competență exprimarea unui punct de vedere cu privire la aspecte care privesc capacitatea financiară a unor entități care nu sunt înscrise în registrele/listele instituției și/sau cu privire la valabilitatea unor instrumente de garantare - p. 2, paragraful 2 din Adresa BNR.

Așadar, consideră că, în ciuda principiului asumării răspunderii care trebuie să guverneze o procedură de achiziție publică, autoritatea se „ascunde” sub paravanul unei poziții scrise BNR, care statuează clar că exprimarea unui punct de vedere de genul celui solicitat nu face obiectul competențelor acesteia.

- Totodată, susține că în soluționarea prezentei contestații, trebuie avut în vedere că autoritatea contractantă nu numai că a reținut ca fiind incident un text legal care nu are aplicabilitate în cauză, dar, în mod inexplicabil, a ignorat dispozițiile art. 154 alin. (4) lit. b (ii) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 36 alin. (5) din Normele aprobate prin HG nr. 395/2016 , care obliga practic autoritatea să accepte scrisoarea de garanție de participare la licitație ca fiind conformă cu prevederile legale în vigoare.

În opinia sa, atitudinea autorității este nelegală, mai ales în contextul în care, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 92054/10.11.2023 transmis către societatea sa nu doar a făcut trimitere la dispozițiile legale, ci a anexat inclusiv punctul de vedere ANAP (relevant în condițiile în care provine de la o autoritate de reglementare în domeniul achizițiilor cu competențe evidente în acest sens), cât și detalierea competențelor deținute de și a bazelor de date unde pot fi verificate informațiile furnizate, împreună cu un extras de pe site-ul mtr.ttja.ee care atestă licențierea

În sensul dispozițiilor legale amintite și cu trimitere la informațiile furnizate de el, autoritatea contractantă trebuia să rețină faptul că(.....) este persoană juridică de naționalitate estoniană, autorizată ca instituție financiară nebancară de către Financial Intelligence Unit, în calitate de autoritate competentă a statului membru de înregistrare (FIU is responsible for the national supervision of the compliance with the requirements of the activity licence and the prevention of money laundering and terrorist financing). Simpla verificare a informațiilor existente pe site-ul FIU atestă funcționarea acestei entități ca instituție financiară nebancară.

Totodată, susține că analiza garanției sale de participare trebuia să se realizeze prin raportare la art. 4 alin. (1) pct. 26 din Regulamentul (UE) nr. 575/2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și societățile de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012 raportat la Directiva 2013/36/UE cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și a firmelor de investiții, de modificare a Directivei 2002/87/CE și de abrogare a Directivelor 2006/48/CE și 2006/49/CE care definesc instituțiile financiare nebancare ca fiind „o întreprindere, alta decât o instituție (instituție de credit sau firmă de investiții, n.n., ...), a cărei activitate principală constă în [...] desfășurarea uneia sau mai multor activități menționate la punctele 2-12 și la punctul 15 din anexa I la Directiva 2013/36/UE [...]”.

Or, câtă vreme în anexa I a Directivei 2013/36/UE - este menționat la pct. 6 activitatea de garanții și angajamente, adică chiar activitatea principală a(.....), în mod categoric autoritatea contractantă s-a aflat într-o eroare atunci când a preluat informația ca societatea anterior menționată „la acest moment nu are cuprinsă în obiectul de activitate emiterea de instrumente de garantare” din adresa BNR, aceeași adresă prin care această instituție recunoaște că nu are competența de a se pronunța cu privire la valabilitatea instrumentelor de garantare, mai ales în condițiile în care acestea sunt emise de entități din afara României.

De asemenea, arată că adresa BNR face următoarea precizare, nesuținută de niciun fel de înscrisuri/dovezi și care se contrazice cu documentele depuse de el, respectiv de informațiile care pot fi regăsite pe site-urile oficiale:

„[...] potrivit celor comunicate Băncii Naționale a României - Direcția Supraveghere, [...] de către autoritatea competentă din statul membru de origine - Estonian Financial Intelligence Unit (<https://fiu.ee/en>) a rezultat că entitatea în cauză este o instituție financiară autorizată de autoritatea menționată, însă la acest moment, nu are cuprinsă în obiectul de activitate emiterea de instrumente de garantare”.

Consideră că autoritatea contractantă trebuia să efectueze propriile verificări, respectiv să consulte atât în Spațiul Economic European (SEE), cât și pe pagina de Internet a Financial Intelligence Unit la adresa www.fiu.ee, respectiv <https://mtr.ttja.ee/infoleht/22?m=129> unde societatea figurează licențiată ca IFN:

„SERVICII FINANCIARE

- Managementul încrederii și serviciul companiilor - Licență
- Serviciu de case de amanet - Licență
- Acționează ca o instituție financiară - Licență
- Achiziționare și en-gros de metale prețioase, pietre prețioase -

Licență

- Furnizarea serviciului de monedă virtuală, inclusiv: - Licență
Serviciu de portofel în monedă virtuală”.

În măsura în care, autoritatea ar fi consultat aceste date publice la care el, de altfel, a făcut referire în răspunsurile sale, consideră că s-ar fi putut cu ușurință constata că(.....), conform mențiunilor din respectiva pagină, funcționează ca o instituție bancară (în engleză „Operating as a financial institution”), are licență pe durată nedeterminată, iar informațiile de contact concordă cu cele de pe scrisoarea de garanție din ofertă.

De asemenea arată că la pagina internet „.....finance.com” se menționează, printre altele, că are în portofoliu servicii de emitere a garanțiilor de participare la procedurile de achiziție (în engleză „Bid Guarantee”), fiind menționat expres, în limba engleză „Replacement of bank guarantee letter”, că acestea înlocuiesc scrisorile de garanție bancară. Or, în acest context, se poate reține cu ușurință incidența prevederilor art. 154 alin. (4) lit. b) pct. (ii) din Legea nr. 98/2016, câtă vreme din conținutul scrisorii de garanție și a informațiilor disponibile spre consultare publică la adresele anterior menționate, rezultă fără putință de tăgadă că aceasta se încadrează în situația prevăzută de norma juridică anterior menționată, deoarece, este emisă de o instituție financiară nebancară din alt stat (în speță, din Estonia), iar valoarea estimată a procedurii se încadrează în limitele prevăzute de lege.

În măsura în care scrisoarea de garanție de participare la licitație emisă de(.....), îndeplinește toate normele legale și nu există absolut nicio dovadă concretă și clară care să susțină nevalabilitatea acesteia, consideră că autoritatea nu este îndreptățită să îi limiteze posibilitatea de a prezenta acest instrument de garantare, întrucât acest lucru ar duce în mod evident la o îngrădire a expresiei liberei circulații a serviciilor în cadrul Uniunii Europene, care în mod categoric ar interveni dispozițiilor prevăzute de art. 26, art. 51, art. 56 și art. 63 din Tratatul de Funcțiune a Uniunii Europene.

Cu privire la acest aspect arată că Legea nr. 93/2009 reglementează strict activitatea instituțiilor financiare nebancare din România și a sucursalelor din România ale instituțiilor financiare din alte state, fără a interzice prestarea activităților pe teritoriul României, prin intermediari. Or garanția sa a fost constituită prin scrisoarea emisă de o instituție financiară nebancară din România, prin intermediul unui broker, iar verificările informațiilor publice, coroborate cu documentele prezentate spre analiză atestau valabilitatea/validitatea acesteia.

Dacă autoritatea contractantă ar fi analizat documentele transmise de el anexat răspunsului la clarificări, susține că ar fi obținut toate informațiile necesare luării unei decizii legale.

De altfel, faptul că informațiile comunicate prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări sunt conforme legislației, în opinia

sa este confirmat și de adresa ce i-a fost comunicată de la data de 13.02.2024, pe care o anexează, împreună cu documentele justificative aferente, prin care se precizează:

„Cum subscrisa este o instituție financiară, în sensul art. art. 4 alin. (1) pct. 26 din Regulamentul (UE) nr. 575/2013, supusă reglementării, autorizării și supravegherii unei autorități de supraveghere dintr-un stat membru, beneficiem de principiul autorizației unice și exercitării supravegherii de către autoritatea competentă din statul de origine, cu recunoașterea reciprocă a criteriilor naționale de supraveghere.

Prestația directă de astfel de servicii financiare nu presupune, deci, niciun fel de autorizare în vreun alt stat membru decât cel de origine al instituției financiare prestatoare. De asemenea, nu presupune nici vreo notificare, din partea prestatorului, a vreunei autorități de supraveghere statul membru în care serviciile sunt prestate în mod direct, precum România.

Alternativ prestării de servicii în mod direct, dreptul de pașaportare este doar o altă modalitate de a presta servicii financiare în afara statului de origine, prin intermediul unei sucursale, ca exercițiu al dreptul de stabilire de la art. 49 din TFUE”.

Contestatorul arată faptul că, conform https://mtr.ttja.ee/taotluse_tulemus/517647 - informații site - Registrul activității economice - Oficiul pentru Protecția Consumatorului și Supraveghere Tehnică din Estonia - acționează ca o instituție financiară.

De asemenea contestatorul susține că nu cunoaște considerentele și nici corespondența pe baza căreia, BNR deși își declină competența de a se pronunța cu privire la valabilitatea instrumentelor de garantare, susține că nu ar avea în obiectul de activitate emiterea de instrumente de garantare în contextul în care, ca instituție financiară nebanară, acesta constituie unul dintre principalele activități prestate. Strict scepticismul și faptul că autoritățile locale nu sunt familiarizate cu legislația europeană nu justifică luarea unor măsuri drastice de genul respingerii ofertei sale, aspect pe care, de altfel, Consiliul l-a sesizat în spețe similare.

- În subsidiar, contestatorul nu identifică relevanța susținerilor referitoare la contactarea de către autoritate a ASF, care nu a făcut decât să confirme faptul că nu se află sub sfera lor de supraveghere, aspect oarecum logic în contextul în care aceasta este instituție financiară nebanară și nu societate de asigurări, fiind supusă autorizării, reglementării și supravegherii autorității competente din Estonia, nu (și) a autorităților statelor membre în care prestează servicii.

Solicită a se observa că autoritatea nu concluzionează în sensul nevalabilității poliței sale și nici nu este în măsură să prezinte o justificare rezonabilă în acest sens, corespondența la care face trimitere constând, în realitate dintr-o adresă emisă de o instituție care nu este abilitată să concluzioneze în sensul celor de mai sus și care face trimitere

la o corespondență pe care nu o cunoaște și care nu i-a fost pusă la dispoziție și, probabil, nici autorității contractante.

În condițiile în care documentele depuse de el coroborate cu legislația incidentă, națională și europeană confirmă competențele FINANCE, neexistând la nivel național vreo interdicție care să i se aplice, în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, solicită CNSC aplicarea controlului de legalitate și admiterea contestației sale, respectiv a capetelor de cerere arătate.

III. Concluzii;

Având în vedere dispozițiile legale indicate și faptul că:

- Finance, emitentul poliței, este o instituție financiară nebanară, autorizată de către Financial Intelligence Unit, în calitate de autoritate competentă a statului membru de înregistrare;

- este o instituție financiară, în sensul art. 4 alin. (1) din Regulamentul UE nr. 575/2013, supusă reglementării, autorizării și supravegherii unei autorități de supraveghere dintr-un stat membru, așadar, aceasta beneficiază de principiul autorizării unice șexercitării supravegherii din statul de origine, cu recunoașterea reciprocă a criteriilor naționale de supraveghere.

- nu este supusă autorizării/supravegherii de către organismele de supraveghere din România, ASF și BNR neavând de altfel nicio competență în acest sens, după cum acestea și afirmă, de altfel.

Concluzionează că, din scrisoarea de garanție prezentată de el, din informațiile prezentate de el în cadrul clarificărilor precum și din informațiile disponibile spre consultare publică la adresele anterior menționate, rezultă că aceasta se încadrează în situația prevăzută de norma juridică anterior menționată, deoarece, este emisă de o instituție financiară nebanară din alt stat (în speță, din Estonia), iar, valoarea estimată a procedurii se încadrează în limitele prevăzute de art. 154 alin. (4) lit. b (ii) din Legea nr. 98/2016.

Pentru motivele expuse, solicită admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată.

În drept invocă prevederile art. 8 și urm. din Legea 101/2016 precum și orice alte dispoziții legale la care a făcut referire în cuprinsul prezentei.

În susținere anexează un set de documente.

Prin adresa nr. 13085/15.02.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 9793/16.02.2024 autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Referitor la cele afirmate de contestatar, cu privire la valabilitatea scrisorii de garanție de participare la licitație, autoritatea contractantă precizează etapele prin care comisia de evaluare a ajuns la concluzia că oferta depusă de SRL, este considerată inacceptabilă:

Prin adresa de clarificare cu numărul 92054 din 10.11.2023, s-a solicitat, operatorului economic, să facă dovada că instituția financiară Finance, care a emis scrisoarea de garanție, poate elibera scrisori de garanție pe teritoriul României. Operatorul economic a răspuns solicitării autorității contractante, invocând art. 154 alin. (4) lit. b) pct. (i) și (ii) din Legea nr. 98/2016, o Notificare ANAP cu privire la societățile de asigurare și instituțiile de credit, precum și o comunicare a din București.

În urma răspunsului la solicitarea de clarificări (92054 din 10.11.2023) verificând pagina de internet a Financial Intelligence Unit la adresele www.fiu.ee și <https://mtr.ttja.ec/infohelt/22/m+129>, precum și mtr.ttja.ee/taotluse_tulemus/517647, ...Finance.com, unde face trimitere în această comunicare, pentru a verifica cele susținute de ofertant, autoritatea arată că a constatat că într-adevăr societatea figurează ca fiind Instituție Financiară (fapt care nu a fost pus la îndoială de către comisia de evaluare), doar că în domeniul de activitate al acesteia, se regăsesc doar, Oferire de consiliere clienți și Operațiuni de împrumut, răspunsul fiind considerat nesatisfăcător, el nefăcând dovada că această instituție financiară are dreptul de a emite scrisori de garanție.

În continuare pentru a respecta prevederile art. 127 din HG nr. 395/2016 și art. 2 alin. (2) punctul b) din Legea nr. 98/2016 și pentru a proba valabilitatea scrisorii de garanție, comisia de evaluare a transmis o solicitare pe e-mail ASF-ului cu privire la legitimitatea de a emite scrisori de garanție bancare a Instituției Financiare Finance, solicitare la care nu a primit răspuns.

De asemenea susține că a contactat telefonic ASF, cu aceeași solicitare, iar răspunsul primit a fost că Instituția Financiară„nu se află sub sfera lor de supraveghere”. Mai susține că a solicitat pe e-mail opinia BNR, cu privire la dreptul entității Finace (.....) de a emite scrisori de garanție pe teritoriul României. În data de 17.11.2023, în urma unui apel telefonic al BNR și la solicitarea lor expresă, a transmis Băncii Naționale, prin intermediul email-ului scrisoarea de garanție emisă de Finance. Răspunsul transmis de BNR, pe email și înregistrat la Registratura Primăriei Municipiului Arad, cu nr. 102244 din 18.12.2023, (și care va fi atașat prezentului punct de vedere) prezintă următoarele: „la acest moment, nu are cuprinsă în obiectul de activitate emiterea de instrumente de garantare”.

În ceea ce privește condițiile de formă a scrisorii de garanție, conform art. 154 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 98/2016, care prevede că: „Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție, trebuie să fie irevocabilă, necondiționată (...) etc”, precizează că Scrisoarea de garanție emisă de Finance, nu a îndeplinit condiția „necondiționată”, deoarece ea a fost condiționată de următorul

paragraf din Scrisoarea de garanție: „Toate obligațiile decurgând din prezenta Scrisoare de Garanție sunt plătibile numai la și de către FINANCE, executarea lor făcându-se conform legilor din țara de origine a garantului (incluzând orice măsuri, ordine, decizii sau reglementări ale autorităților)”.

Autoritatea contractantă precizează că în urma solicitării de clarificare, operatorul economic a depus un act adițional la scrisoarea de garantare, prin care se elimină următorul paragraf: „Toate obligațiile decurgând din prezenta Scrisoare de Garanție sunt plătibile numai la și de către FINANCE, executarea lor făcându-se conform legilor din țara de origine a garantului (incluzând orice măsuri, ordine, decizii sau reglementări ale autorităților)”, informații care se regăsesc în Procesul verbal nr. 102434/18.12.2023.

Totodată menționează faptul că din decontul transmis de(decont, asimilat unei oferte financiare) reiese faptul că, societatea CAPIDAVAFINANCIAL - BROKER SERVICES SRL, cu sediul în Municipiul București, Sector 1, Piața Presei Libere, nr. 1, Corp DI, et. 6, camera 9, este Agent de Încasări și Plăți pentru Emitent din România nu este regăsită pe registrele BNR.

Având în vedere argumentele de mai sus, solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, să constate că susținerile contestatorului sunt neîntemeiate și pe cale de consecință să respingă contestația formulată de SRL, iar prin decizia pe care o va da să permită continuarea acestei proceduri de atribuire.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 11228/22.02.2024 SRL transmite Concluzii scrise prin care solicită admiterea contestației pentru următoarele argumente:

- În ceea ce privește posibilitatea de a emite scrisori de garanție pe teritoriul României;

Contestatorul arată că autoritatea înțelege să reia descrierea demersurilor întreprinse, respectiv apelurile telefonice către ASF absolut inopozabile lui și a căror dovadă nu o poate produce oricum și pretensele interpelări făcute către BNR, confirmând faptul că adresa BNR nr. 102244/18.12.2023 este singurul înscris pe care și-a întemeiat respingerea.

În realitate, autoritatea nu aduce veritabile apărări față de criticile sale ci se limitează la expunerea considerentelor deja incluse în actele atacate. În aceste condiții, rezultă faptul că respingerea ofertei sale s-a realizat în mod exclusiv pe baza unei adrese a unei instituții în a cărei sferă de supraveghere, emitenta poliției nu intră (BNR) și care, de altfel, precizează concret în adresa respectivă că nu este competentă să exprime un punct de vedere cu privire la aspecte care privesc capacitatea financiară a unor entități care nu sunt înscrise în registrele/listele instituției și/sau cu privire la valabilitatea unor instrumente de garantare.

Așadar, precizează că se menține poziția sa exprimată prin contestație, conform căreia autoritatea se „ascunde” sub paravanul unei poziții scrise de BNR, care statuează clar că exprimarea unui punct de vedere de genul celui solicitat nu face obiectul competențelor acesteia.

Mai mult, arată că instituția respectivă (necompetentă) își întemeiază susținerea pe o presupusă comunicare (a cărei natură nu o cunoaște, care nu este anexată și care, în mod evident, nu reprezintă un punct de vedere oficial) din partea „autorității competente din statul membru de origine”.

În contextul arătat, precizează că societatea sa este pusă în situația de a efectua o probatio diabolica, respectiv de a infirma efectiv un zvon, nesusținut de niciun element concret oficial. Este evident că el nu poate obține în timp util un punct de vedere scris al autorităților din Estonia, însă a depus punctul de vedere oficial al entității emitente a instrumentului de garantare și extras de pe site-ul public al acestuia în care se face trimitere expresă la emiterea de instrumente de garantare. De altfel a și făcut trimitere în cadrul contestației sale la faptul că pe pagina oficială de internet „.....finance.com” se menționează expres, printre altele, că are în portofoliu servicii de emitere a garanțiilor de participare la procedurile de achiziție (în engleză „Bid Guarantee”), fiind precizat, în limba engleză „Replacement of bank guarantee letter”, că acestea înlocuiesc scrisorile de garanție bancară. Precizează faptul că pagina de internet este pagina oficială, internațională a acestei entități.

Mai mult, arată că această instituție operează de o perioadă inclusiv pe piața din România, emitând instrumente de garantare fără ca vreo autoritate de reglementare sau de control să îi restricționeze în vreun fel această activitate. Totodată, după cum a precizat în contestația sa, inclusiv CNSC a confirmat în spețe similare posibilitatea acestei entități de a emite instrumente de garantare astfel că, autoritatea trebuia să aibă în vedere aceste aspecte.

În ceea ce privește mențiunea că, deși se acceptă că este o instituție financiară, în domeniul de activitate a acesteia se regăsesc doar „oferire de consiliere clienți” și „operațiuni de împrumut”, arată faptul că acestea reprezintă categorii de servicii care includ toată sfera de operațiuni.

Scrisoarea de garanție bancară este în realitate o facilitate de credit, iar acordarea acesteia se încadrează în categoria operațiunilor de împrumut. Prin emiterea unei garanții bancare independente, o instituție financiară, în calitate de garant sau emitent, își asumă la cererea unei persoane, un angajament irevocabil și necondiționat de a plăti o sumă de bani, determinată sau determinabilă prin însuși textul scrisorii de garanție, unei terțe persoane (beneficiar al garanției), pentru situația în care persoana nu și-ar îndeplini obligațiile sale față de beneficiar. Angajamentul astfel asumat are la bază și se emite în considerarea unui

raport obligațional preexistent, chiar dacă este independent de acesta. În sprijinul acestei susțineri sunt prevederile art. 2321 (Scrisoarea de garanție) alin. (1) și (3) din Codul Civil.

Contestatorul precizează că odată cu finalizarea tuturor analizelor și încheierea documentației specifice, considerate necesare și suficiente de către instituția financiară în vederea emiterii scrisorii de garanție și emiterea efectivă a acesteia, prin care instituția își asumă, în nume propriu, un angajament independent și irevocabil de a plăti beneficiarului o sumă de bani, în conformitate cu termenii angajamentului asumat, ia naștere un raport juridic direct și distinct între instituția emitentă și beneficiarul respectivei scrisori de garanție.

Astfel, garanția astfel acordată este independentă, ceea ce înseamnă că nu poate fi influențată de relația de bază (dintre ordonator și beneficiar) și nici de raportul de credit (dintre clientul ordonator și instituția emitentă), iar angajamentul instituției emitente nu poate face obiectul niciunor reclamații sau contestații rezultate din nicio altă relație în afară de cea existentă în temeiul scrisorii de garanție (dintre garant și beneficiar).

De asemenea, raportul juridic decurgând din emiterea și acceptarea garanției, fiind unul născut direct între o instituție financiară și beneficiarul acestei garanții, în sensul în care instituția emitentă își asumă o obligație de plată în nume propriu, deci nu în calitate de reprezentant (mandatar) al clientului său, acesta este întotdeauna de natură comercială indiferent de natura raportului juridic preexistent, pe care se grefează emiterea sa. Când garanția este emisă pentru a garanta participarea la o achiziție publică, natura obligației de plată ce îi incumbă garantului în virtutea garanției nu poate fi influențată de natura raportului juridic principal de drept public, existent între ordonatorul scrisorii și autoritatea beneficiară a acesteia, ci rămâne una proprie și personală a instituției financiare, emise în activitatea sa comercială de creditare și implicit garantare.

Așadar, obligația instituției financiare nu este aceea de a executa obligația clientului său, parte în raportul juridic principal, preexistent, ci este o obligație proprie și distinctă, de a plăti o sumă de bani cu rolul de a despăgubi beneficiarul de prejudiciul pretins a fi încercat din cauza neîndeplinirii obligațiilor asumate de clientul său, dar acest lucru se realizează în baza raportului juridic principal care are natura unui raport de credit.

În măsura în care autoritatea ar fi avut aplecarea să procedeze la analiza tuturor aspectelor indicate mai sus, respectiv să verifice registrele publice indicate, consideră că ar fi trebuit să ajungă la concluzia că societatea sa a depus toate diligențele în vederea constituirii unei garanții de participare în conformitate cu prevederile legale, respectiv ar fi constatat conformitatea instrumentului depus și nu ar fi

dat curs unei suspiciuni care nici măcar nu a fost confirmată/demonstrată de o instituție abilitată în acest sens.

- În ceea ce privește condițiile de formă ale garanției de participare;

Contestatorul arată că autoritatea contractantă nu a invocat un motiv privind forma instrumentului de garantare în vederea respingerii ofertei sale, acesta nefiind indicat nici în raportul procedurii și nici în comunicarea aferentă. În acest context consideră că sunt inadmisibile așa-zisele motive suplimentare pe care autoritatea înțelege să le expună în punctul de vedere. Acestea trebuiau indicate, în mod transparent, în cadrul documentelor aferente evaluării, astfel încât societatea să aibă cunoștință despre acestea și să le conteste în mod corespunzător dacă ar fi considerat oportun.

Prin urmare susține că Consiliul trebuie să judece cauza în limitele trasate de documentele achiziției, respectiv conduita autorității pe durata procedurii și criticile aduse prin contestația formulată întrucât acesta nu se poate substitui Comisiei de Evaluare, analizând aspecte suplimentare care nu au făcut obiectul evaluării inițiale.

De altfel, nu identifică nici în ce măsură indicarea faptului că i s-a solicitat o clarificare legată de forma garanției la care societatea să a răspuns corespunzător, completând garanția în sensul dorit de autoritate sau faptul că brokerul nu se găsește pe registrele BNR (?!) reprezintă o apărare propriu zisă, în condițiile în care reprezintă, pe de o parte, niște aspecte străine de contestația sa, și, pe de altă parte, niște aspecte neancorate într-o prevedere legală întrucât nu vede relevanța brokerului cât timp relațiile juridice se nasc între instituția financiară emitentă a poliței și contestator, respectiv între acesta și autoritatea contractantă, așa cum a arătat supra.

Față de cele expuse își menține concluzia conform căreia autoritatea nu este în măsură să prezinte o justificare rezonabilă pentru respingerea ofertei sale. În condițiile în care documentele depuse de el coroborate cu legislația incidentă, națională și europeană confirmă competențele FINANCE, neexistând la nivel național vreo interdicție care să i se aplice, solicită admiterea contestației.

Prin adresa, înregistrată la Consiliu sub nr. 10558/20.02.2024, ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209970616/1, tranzacția: 1425535780/204105572 din data de 16.02.2024, emisă de CEC Bank – Sucursala Arad, în valoare de 88.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Proiect tehnic de execuție (PTE), inclusiv asistența tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări - Reabilitare termică și

modernizare clădiri unități de învățământ secundar superior din – Liceul Național de Informatica Arad, str. Udrea, nr. 22” cod CPV 45000000-7, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1132554/09.10.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 10.176.974,58 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Procedând la analiza contestației formulate de SC SRL, se reține că acesta este nemulțumit de respingerea ofertei sale ca inacceptabilă (adresa comunicare rezultat nr. 10370/07.02.2024) conform art. 132 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, pe motiv că scrisoarea de garanție de participare la procedură nu ar îndeplini cerințele prevăzute de documentația de atribuire și legislația aplicabilă.

Referitor la acest aspect, se reține că potrivit documentației de atribuire, respectiv Fișa de date, autoritatea contractantă a impus la pct. III.1) CONDIȚII DE PARTICIPARE - III.1.6.a) Garanție de participare, următoarele:

„Cuantumul GP este de 101.000 lei și va avea echivalent euro/alte valute. Echivalența leu/alte valute se va face la cursul BNR de la data apariției anunțului de participare. Garanția de participare se constituie conf. art. 154¹ alin (4) din L98/2016). Contul pentru GP: RO40TREZ0215006XXX006669. Dovada constituirii GP se va încărca în SEAP scanată și semnată cu semnătura electronică extinsă și se va prezenta până cel târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor. În cazul SG emise de o bancă/soc de asigurări din străinătate, se va prezenta în anexă traducerea autorizată a acesteia. În cazul în care un grup de operatori depune oferta comună, instrumentul de garantare va fi emis în numele asocierii și va cuprinde mențiunea expresă că aceasta acoperă, în mod solidar, toți membrii asocierii, cu nominalizarea acestora”.

De asemenea, legislația specifică în materie în vigoare la data deschiderii ofertelor stipulează cu privire la condițiile de constituire a garanției de participare, următoarele:

- Art. 154 – Legea nr. 98/2016 forma în vigoare atât la data inițierii procedurii cât și la data depunerii ofertelor: *„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare a cărei perioadă de valabilitate este cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei. Valoarea garanției de participare nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de

achiziție publică sau, în cazul acordului-cadru, din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a solicita contractantului constituirea garanției de bună execuție în cuantum de maximum 10% din prețul contractului, fără TVA. Cu excepția contractelor de servicii de proiectare și a contractelor de lucrări, a căror valoare estimată este mai mică decât valoarea prevăzută la art. 7 alin. (1), precum și în cazul unui contract atribuit în urma aplicării procedurii de negociere, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă are dreptul de a nu solicita contractantului constituirea garanției de bună execuție.

(4) Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și **se constituie prin:**

a) virament bancar;

b) instrumente de garantare emise în condițiile legii astfel:

(i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat;

(ii) scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei fără TVA și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA;

(iii) asigurări de garanții emise:

- fie de societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de societăți de asigurare din state terțe prin sucursale autorizate în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară;

c) depunerea la casierie a unor sume în numerar dacă valoarea este mai mică de 5.000 lei;

d) rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, în cazul garanției de bună execuție;

e) combinarea a două sau mai multe dintre modalitățile de constituire prevăzute la lit. a)-c), în cazul garanției de bună execuție.

(5) Modalitatea de reținere a garanției de participare, termenul de constituire a garanției de bună execuție, respectiv modalitatea de constituire prin rețineri succesive, de emitere de pretenții asupra garanției de bună execuție, vor fi reglementate în cadrul unui capitol distinct al normelor metodologice de aplicare a prezentei legi”.

- Art. 36 alin. (5), forma în vigoare atât la data inițierii procedurii cât și la data depunerii ofertelor: „Autoritatea contractantă **nu are dreptul:**

a) de a impune sau de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită instituție de credit bancară, **instituție financiară nebancară 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 instituții de credit bancare, numai la cele care sunt emise de către instituții financiare nebancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări**".

Din interpretarea documentației de atribuire și a legislației aplicabile, rezultă faptul că, legiuitorul prin OUG nr. 136/2022 și HG nr. 336/2023, a modificat condițiile de constituire a garanțiilor de participare de către ofertanți, permițând prezentarea de instrumente de garantare și din partea unor instituții financiare nebancare, prin îndeplinirea a 2 condiții cumulative:

- instituțiile financiare nebancare să fie din România sau din alt stat, (fără ca legiuitorul să limiteze sau condiționeze apartenența acestora, din UE sau în afara ei);

- prezentarea de instrumente de garantare se permit doar pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei fără TVA și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA.

Or, din analiza documentelor depuse, Consiliul reține că SRL, a depus, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, scrisoarea de garanție seria LR110223 nr. 00597, aflată la pag. 265-266 din dosarul cauzei.

Din analiza scrisorii de garanție anterior menționată, se reține că, în preambulul acesteia este menționat că ar fi emisă de „..... (..... Ö.U)”, cu sediul legal în Estonia, reprezentată de Floroiu Alexandru, în calitate de Business Service Manager, este redactată în limba română și îndeplinește condițiile de formă cerute prin documentația de atribuire, în ceea ce privește suma asigurată și clauzele, iar la pag. 263 din același dosar, se regăsește un ordin de plată emis de SRL, având ca beneficiar FINANCE.

Prin adresa nr. 92054 /27.09.2023 (pag. 276 din dosar) autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului SRL în sensul „(...) să depuneți dovezi că instituția financiară care a emis această scrisoare de garanție, poate elibera scrisori de garanție pe teritoriul României”.

..... SRL a răspuns prin adresa fără număr (pag. 278 din dosarul cauzei), la care a anexat înscrisuri: Notificare ANAP, Comunicare nr. 001 din 19.10.2023 emisă de, precum și dovada înregistrării și autorizării din țara de origine de către „Finantsinspektsioon”- Autoritatea estoniană de supraveghere financiară.

La adresa internet de pe pagina registrului activităților din Estonia, indicată de contestatoare, se menționează despre (..... OÜ, conform mențiunilor din respectiva pagină) că funcționează ca o instituție bancară (în engleză „*Operating as a financial institution*”), are licență pe durată nedefinită, iar informațiile de contact concordă cu cele de pe scrisoarea de garanție din ofertă.

La pagina internet „.....finance.com” se menționează, printre altele, că are în portofoliu servicii de emitere a garanțiilor de participare la procedurile de achiziție (în engleză „*Bid Guarantee*”), fiind menționat expres, în limba engleză „*Replacement of bank guarantee letter*”, că acestea înlocuiesc scrisorile de garanție bancară.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența prevederilor 154 alin. (4) lit. b) pct. (ii) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră „*Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin: (...) (ii) scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei fără TVA și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA*”.

Din conținutul scrisorii de garanție și a informațiilor disponibile spre consultare publică la adresele anterior menționate, Consiliul reține că aceasta se încadrează în situația prevăzută de norma juridică anterior reprodusă, deoarece, este emisă de o instituție financiară nebancară din alt stat (în speță, din Estonia, țară membră UE), iar, valoarea estimată a procedurii se încadrează în limitele prevăzute de lege.

Consiliul nu va putea reține susținerile autorității contractante potrivit căroră garanția emisă de ar fi fost validă doar dacă emitentul acesteia ar fi fost înregistrat în România sau dacă făcea dovada că poate elibera scrisori de garanție pe teritoriul României, deoarece, astfel cum susține, în mod corect contestatoarea, acceptarea garanției emisă de o instituție nebancară din alt stat al Uniunii Europene, reprezintă expresia liberei circulații a serviciilor în cadrul Uniunii Europene, statuată la art. 26, art. 51, art. 56 și art. 63 din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene.

Potrivit art. 49 și 50 din Legea nr. 98/2016, autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, acestora incumbându-le obligația negativă de a nu concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În considerarea celor mai sus menționate, Consiliul constată că motivul invocat de autoritatea contractantă conform căruia nu s-a făcut dovada că instituția financiară poate elibera scrisori de garanție este una excesivă și în afara regulilor reciproc valabile stabilite în cadrul documentației de atribuire; în această etapă a procedurii de evaluare, autoritatea contractantă nu poate adăuga cerințe/condiții noi sau prezentarea de documente noi care nu au fost aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, anterior elaborării și depunerii ofertelor, autoritatea contractantă neputând sancționa ofertantul contestator pentru neîndeplinirea unor condiții care nu au fost impuse și solicitate în mod expres prin documentația de atribuire și sunt înafara cadrului legal aplicabil.

Această manieră de a proceda a autorității contractante apare ca nelegală în raport de principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți. Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, izvorâtă din presupusa eroare/omisiune a unor cerințe din cadrul documentației de atribuire.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai 2012 pronunțată de Curtea de Apel București :

*„Este adevărat că dispozițiile legale enunțate, ca și dispozițiile art. 35 din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, dar acest drept trebuie exercitat cu bună-credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice, iar nu discreționar. Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanță, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. Așadar, **interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care***

răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile.”

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare și stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei depuse de SRL cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Luând în considerare toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei

.....

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