

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. 1385/13.03.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15493/13.03.2024, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la avocat în ..., împotriva adreselor nr. 2/3783/04.03.2024 (lot 7) și nr. 2/3785/04.03.2024 (lot 8) de comunicare a rezultatului procedurii și a rapoartelor de anulare a procedurii nr. 3676/01.03.2024 (lot 7) și nr. 3677/01.03.2024 (lot 8), emise de către ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„Lucrări de marcaje rutiere executate în strat gros - Produse plastice aplicate la rece, necesare drumurilor de interes național - autostrăzi, drumuri expres, drumuri internaționale «E», drumuri naționale principale, drumuri naționale secundare administrate de ... SA Lot 1 DRDP Buc, Lot 2 DRDP Cv, Lot 3 DRDP Tm, Lot 4 DRDP Cj, Lot 5 DRDP Bv, Lot 6 ..., Lot 7 DRDP Cta, Lot 8 ...”*, se solicită, pentru loturile 7 și 8, anularea adreselor nr. 2/3783/ 04.03.2024 (lot 7) și nr. 2/3785/04.03.2024 (lot 8) de comunicare a rezultatului procedurii și a rapoartelor de anulare a procedurii nr. 3676/01.03.2024 (lot 7) și nr. 3677/01.03.2024 (lot 8), obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei ..., obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze, precum și încuviințarea accesului la dosarul achiziției publice și fotocopierea documentelor considerate relevante.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 ... critică decizia autorității contractante de declarare ca inacceptabilă a ofertelor sale depuse pentru loturile 7 și 8, precum și anularea procedurii de atribuire pentru loturile respective.

Cu titlu preliminar, contestatorul solicită să se ia act de solicitarea privind respectarea caracterului confidențial al ofertei sale și să nu se permită niciunui operator economic accesul la ofertă și/sau orice alte documente depuse în cadrul ofertei și/sau procese-verbale emise de către autoritatea contractantă prin care a fost analizată oferta sa.

I. Contextul formulării contestației

A. Obiectul disputei

Pentru o corectă înțelegere a situației deduse soluționării, se face precizarea că, în speță, este contestată măsura de respingere a ofertei contestatorului depusă la Loturile 7 și 8 ale procedurii de atribuire, anulate sub pretextul că nu ar fi fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Astfel, ... arată că prezenta contestație își propune a demonstra caracterul nelegal și netemeinic al actelor emise de către autoritatea contractantă prin care:

a) este respinsă oferta contestatorului sub pretextul că nu ar fi fost constituită garanția de participare, deși:

- la dispoziția autorității contractante au fost depuse scrisorile de garanție constituite potrivit condițiilor explicit impuse prin dispozițiile legale și prin cerințele documentației de atribuire, fiind, așadar, indubitabilă admisibilitatea ofertei sub acest aspect;

- nicio dispoziție legală și/sau cerință a documentației de atribuire nu impune obligația ca instituția financiară nebanară, emitentă a scrisorilor de garanție, să fie înregistrată în evidențele Băncii Naționale a României, motivul pentru care, de fapt, oferta a fost respinsă;

b) sunt anulate Loturile 7 și 8 ale procedurii de atribuire în temeiul pct. a) al art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deși autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata admisibilitatea ofertei contestatorului.

B. Organizarea procedurii de atribuire – Lotul 7 și Lotul 8

Relevante pentru corecta circumstanțiere a prezentei dispuse sunt următoarele aspecte:

La data de 27.04.2023, autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... pentru organizarea procedurii de atribuire. Potrivit documentației de atribuire, valoarea totală estimată a contractului de achiziție publică este de 330.522.158,88 lei, procedura de atribuire fiind împărțită în 8 loturi.

Lotul 7 (...) al procedurii de atribuire are o valoare totală estimată de 38.962.330,56 lei, precum și o valoare a celui mai mare contract subsecvent de 9.806.130, în raport de care autoritatea contractantă a stabilit că valoarea garanției de participare este de 90.000 lei.

Lotul 8 (...) al procedurii de atribuire are o valoare totală estimată de 19.662.134,40 lei, precum și o valoare a celui mai mare contract subsecvent de 5.066.944,20 lei, în raport de care autoritatea contractantă a stabilit că valoarea garanției de participare este de 46.000 lei.

Pentru toate loturile, autoritatea contractantă a impus condiția ca garanția de participare să fie irevocabilă, necondiționată și valabilă pe o perioadă cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei.

Prin urmare, în vederea participării la procedura de atribuire, ofertanții aveau obligația de a constitui și transmite garanția de participare în suma (respectiv 90.000 lei pentru Lotul 7 și 46.000 lei pentru Lotul 8) și pentru perioada de valabilitate (cel puțin similară cu perioada de valabilitate a ofertei), respectiv 24.04.2024 prevăzută în documentația de atribuire.

C. Modalitatea de constituire a garanției de participare de către ...

Solicitările de clarificări adresate ofertantului și răspunsurile aferente

Contestatorul arată că a depus:

- în oferta aferentă Lotului 7:

a) Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. SAMT-RO01621023 din 23.10.2023 prin care emitentul, Swiss Asst Management & Trust A.G., se obligă față de ... să plătească irevocabil și necondiționat suma de 90.000 lei; valabilitatea scrisorii a fost explicit menționată ca fiind „până la data de 24.04.2024”;

b) Contractul de emitere instrumente de garantare nr. SAMT-RO1621023/23.10.2023 încheiat între Swiss Asst Management & Trust A.G., în calitate de instituție financiară și Gamida, în calitate de solicitant, din care rezultă drepturile și obligațiile asumate de către părți pentru emiterea instrumentului de garantare;

c) Biletul la ordin, fără protest emis de către contestator, în valoare de 90.000 lei, pentru Swiss Asst Management & Trust A.G și dovada de plată a contravalorii primei de asigurare.

- în oferta aferentă Lotului 8:

a) Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. SAMT-RO01631023 din 23.10.2023 prin care emitentul, Swiss Asst Management & Trust A.G., se obligă față de ... să plătească irevocabil și necondiționat suma de 46.000 lei; valabilitatea scrisorii a fost explicit menționată ca fiind „până la data de 24.04.2024”;

b) Contractul de emitere instrumente de garantare nr. SAMT-RO01631023 încheiat între Swiss Asst Management & Trust A.G., în calitate de instituție financiară și Gamida, în calitate de solicitant, din care rezultă drepturile și obligațiile asumate de către părți pentru emiterea instrumentului de garantare;

c) Biletul la ordin, fără protest emis de către contestator, în valoare de 46.000 lei, pentru Swiss Asst Management & Trust A.G și dovada de plată a contravalorii primei de asigurare.

Cu alte cuvinte, în ofertele depuse de către contestator pentru Loturile 7 și 8 ale procedurii de atribuire, au fost depuse documente care demonstrează constituirea garanțiilor de participare în sumele și pentru perioada solicitate prin documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă a solicitat clarificări privind instrumentele de garantare depuse în ofertele aferente Loturilor 7 și 8, iar, prin răspunsurile formulate, contestatorul a adus la cunoștința ..., în esență, următoarele aspecte relevante pentru soluționarea prezentei contestații:

a) Swiss Asst Management & Trust A.G., emitentul scrisorilor de garanție, este o instituție financiară nebanară înregistrată în Elveția, autorizată să emită inclusiv instrumente de garantare, fiind înscrisă în lista autorității de supraveghere a pieței financiare din Elveția (FINMA) și având, totodată, calitatea de membru în cadrul VQF (care reprezintă asociația de supraveghere a standardelor de servicii financiare din Elveția), ambele entități fiind recunoscute de către autoritatea contractantă, astfel cum explicit rezultă din solicitările de clarificări adresate; în susținerea acestor aspecte, au fost depuse documente relevante.

b) Swiss Asst Management & Trust A.G. nefiind o societate de asigurare, nu este necesară deținerea și prezentarea autorizațiilor de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau înscrierea în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, o astfel de condiție fiind impusă, prin dispozițiile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, exclusiv și limitativ pentru societățile de asigurare.

c) Oricum, scrisorile de garanție depuse în cadrul ofertelor contestatorului statuează explicit faptul că Swiss Asst Management & Trust A.G. se obligă irevocabil și necondiționat față de ... să plătească sumele stabilite prin documentația de atribuire.

Așadar, contestatorul a adus la cunoștința autorității contractante toate informațiile și documentele necesare care (re)confirmă faptul că scrisorile de garanție depuse în ofertele aferente Lotului 7 și 8 sunt valabile și produc efecte juridice în România, fiind întrunite toate condițiile impuse de dispozițiile legale și cerințele documentației de atribuire.

D. Actele atacate

Ofertele ... au fost respinse ca inacceptabile sub pretextul că nu ar fi fost constituite garanțiile de participare; în lipsa oricărei dispoziții legale care să susțină raționamentul evocat, autoritatea contractantă a reținut exclusiv faptul că Swiss Asst Management & Trust A.G. nu ar fi autorizată să funcționeze în România, pentru că nu se regăsește în registrele/ evidențele Băncii Naționale, cerință care, însă, nu a fost

impusă. În realitate, respingerea ofertelor se bazează pe un raționament care încalcă principiul transparenței și legalității, întrucât nu se raportează și nu se fundamentează pe o dispoziție legală incidentă sau pe o cerință a documentației de atribuire, fiind, în realitate, rezultatul unei interpretări speculative, oportuniste, extensive și neprobate, inopozabilă ofertanților.

II. Temeinicia contestației

Deși autoritatea contractantă reține că ... nu și-ar fi constituit garanțiile de participare, pentru a justifica respingerea ofertelor indică faptul că autoritatea emitentă (a scrisorilor de garanție depuse în ofertă) nu s-ar regăsi în registrele Băncii Naționale a României; o astfel de condiție nu se relevă, însă, nici din dispozițiile legale naționale, nici din cerințele documentației de atribuire, nefiind, în realitate, cunoscută la momentul depunerii ofertelor. Motivul de respingere a ofertelor este, așadar, rezultatul unor interpretări generate doar de către autoritatea contractantă la momentul evaluării ofertelor care eludează, însă, dispozițiile legale aplicabile modalității de constituire a instrumentelor de garanție, fără să se fundamenteze pe acestea.

Măsura de respingere a ofertei este nelegală și netemeinică întrucât:

(A) încalcă principiul transparenței urmare a faptului că autoritatea contractantă a avut la dispoziția sa toate informațiile necesare pentru a cunoaște faptul că ofertantul a constituit garanțiile de participare, în suma și pentru perioada impuse prin documentația de atribuire, condițiile impuse pentru constituirea garanției de participare fiind, așadar, pe deplin respectate;

(B) încalcă principiul proporționalității, în contextul în care autoritatea contractantă a solicitat clarificări în mod formal, fără a analiza răspunsurile contestatorului și fără a observa faptul că nicio dispoziție legală nu fundamentează raționamentul pentru care ofertele au fost respinse;

(C) încalcă dispozițiile legale urmare a faptului că, prevederile evidențiate prin chiar Actele atacate, nu stabilesc măsura respingerii ofertei urmare a faptului că emitentul scrisorilor de garanție (o instituție financiară nebanară înregistrată în Elveția) ar trebui să fie înscrisă în registrele Băncii Naționale a României, o asemenea cerință rezultând exclusiv din interpretarea extensivă (și, deci, nepermisă, a ...).

Și măsura de anulare a procedurii de atribuire – Loturile 7 și 8, a fost netemeinic dispusă în contextul în care contestatorul a depus o ofertă admisibilă, însă autoritatea contractantă a încercat să identifice pretexte (nefundamentate și nelegale) pentru a o respinge.

A. Măsura respingerii încalcă principiul transparenței.

... a avut la dispoziția sa toate documentele necesare pentru a cunoaște că, în realitate, garanțiile de participare au fost constituite și respectă condițiile cunoscute și opozabile la momentul depunerii ofertelor

În acest scop, se semnalează următoarele aspecte:

A.1. Dispozițiile legale și/sau cerințele documentației de atribuire nu impun demonstrarea înregistrării instituției financiare nebancare, emitentă a scrisorilor de garanție, în evidențele/registrele BNR; motivul pentru care oferta contestatorului a fost respinsă este, așadar, netemeinic și nelegal, încălcând în mod vădit principiul transparenței și al legalității, în condițiile în care nu are niciun corespondent într-o cerință explicită.

În primul rând, este permisă constituirea garanției de participare inclusiv prin scrisori de garanție emise de către instituții financiare nebancare din orice stat și se citează dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Nicio condiție privind statul de rezidență al instituției financiare nebancare și/sau privind înregistrarea acesteia în evidențele Băncii Naționale a României și/sau unei alte autorități nu a fost impusă prin dispozițiile legale; dimpotrivă, se confirmă explicit posibilitatea ca instituția financiară nebanară să fie din orice „alt stat” decât România, ceea ce demonstrează caracterul nelimitativ al acestei condiții. De altfel, noțiunea de „alt stat” nu a fost circumstanțiată nici măcar la nivelul Uniunii Europene, ceea ce denotă faptul că legiuitorul nu a limitat posibilitatea depunerii scrisorilor de garanție emise exclusiv de instituțiile din spațiul comunitar, ci a fost explicit statuată posibilitatea depunerii unor astfel de instrumente de garantare emise de către o instituție rezidentă în orice stat, așadar, fără nicio limitare în acest sens.

Pe de altă parte, simpla analiză a dispozițiilor Legii nr. 98/2016 (în integralitatea lor) și/sau a dispozițiilor H.G. nr. 395/2016, denotă faptul că în raport de niciun emitent al unui instrument de garantare nu s-a impus condiția de a fi fost în prealabil înregistrat în evidențele BNR.

Oricum, condiția autorizării în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene a fost impusă exclusiv și limitativ pentru societățile de asigurare, prin urmare, dacă legiuitorul ar fi considerat aplicabilă o limitare privind autorizarea/înregistrarea (și a) instituțiilor financiare nebancare, o astfel de condiție s-ar fi regăsit explicit redată, ceea ce nu este, însă, cazul.

Sintetizând, dispozițiile legale nu impun ca instituția financiară nebanară, emitentă a scrisorii de garanție (i) să aibă sediul în România și/sau într-un stat al Uniunii Europene; și/sau (ii) să dețină o autorizație pentru a desfășura activitatea pe teritoriul României și/sau să aibă autorizație în acest sens din partea Băncii Naționale a României și/sau să fie înregistrată în registrele relevante ținute de banca centrală, astfel cum tendențios reține ... prin actele atacate.

În al doilea rând, nici prin cerințele documentației de atribuire nu a fost impusă necesitatea prezentării autorizației instituției financiare nebancare, emitente a scrisorii de garanție, pentru a desfășura activitatea pe teritoriul României și/sau înregistrarea în registrele

relevante ținute de BNR; mai exact, prin cerințele documentației de atribuire, autoritatea contractantă s-a limitat la a prelua textul dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016, fără a impune nicio condiție suplimentară, necesar a fi respectată de către ofertanți.

De altfel, singurele aspecte necesar a fi prevăzute prin documentația de atribuire sunt suma și perioada de valabilitate a garanției de participare, autoritatea contractantă neavând dreptul de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare doar la anumite categorii.

În al treilea rând, eludând dispozițiile legale incidente (anterior detaliate), precum și principiul transparenței, autoritatea contractantă a respins oferta ... sub pretextul că instituția financiară nebancară emitentă a scrisorilor de garanție nu ar fi înregistrată în evidențele BNR, măsura dispusă fiind, așadar, nelegală și netemeinică.

Simpla analiză a actelor atacate denotă faptul că autoritatea contractantă a considerat că respectivul contestator nu ar fi constituit garanțiile de participare aferente Lotului 7 și Lotului 8 întrucât:

- Swiss Asst Management & Trust A.G., emitentul scrisorilor de garanție, este o entitate din afara UE, deși nicio dispoziție legală sau cerință a documentației de atribuire nu impune ca instituția financiară nebancară să aibă sediul în spațiul comunitar; pentru a dispune cea mai drastică dintre măsuri și, în continuare, chiar anularea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a eludat, așadar, dispozițiile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 care statuează explicit faptul că este permisă consemnarea garanției de participare prin „*scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat*” (subl. ns.), Swiss Asst Management & Trust A.G. fiind o instituție financiară nebancară înregistrată în Elveția.

- Swiss Asst Management & Trust A.G. nu s-ar regăsi în evidențele/registrele BNR, deși nicio dispoziție legală sau cerință a documentației de atribuire nu impune o astfel de condiție pentru constatarea admisibilității ofertei; pe de altă parte, Swiss Asst Management & Trust A.G. este înregistrată în registrele FINMA, fiind, de altfel, supravegheată de către VQF, documentele depuse anexat răspunsului la clarificări demonstrând aceste aspecte, astfel cum însăși autoritatea contractantă a solicitat. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă a avut la dispoziția sa suficiente informații și documente pentru a constata că instituția financiară nebancară, emitentă a scrisorilor de garanție, este autorizată în statul în care este înregistrată, condiție suficientă pentru ca oferta să fi fost considerată admisibilă.

Măsura respingerii ofertei ... se impune, așadar, a fi anulată dat fiind că:

a) este nelegală în contextul în care:

- eludează dispozițiile explicite ale art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 care nu impun obligația ca Swiss Asst Management & Trust A.G.

să fie autorizată sau înregistrată de către BNR, ci permit depunerea scrisorilor de garanție emise de o instituție financiară nebanară din orice stat; or, ... nu poate aplica dispozițiile legale decât în versiunea în care acestea au fost adoptate de către legiuitor și, implicit, nici poate distinge între aspecte care nu au fost impuse prin dispozițiile legale și/sau cerințele documentației de atribuire; completarea dispozițiilor legale și/sau cerințelor documentației de atribuire cu condiții necunoscute la data depunerii ofertei se impune a fi sancționată cu anularea actelor atacate tocmai pentru că nu respectă condițiile pe care ofertanții le-au cunoscut la momentul elaborării ofertei.

- eludează dispozițiile explicite ale art. 36 din H.G. nr. 395/2016 care restricționează dreptul de a se interzice prezentarea unui instrument de garantare emise de către o anumită instituție financiară nebanară întrucât autoritatea contractantă consideră că nu ar fi fost constituită garanția de participare doar pentru că instrumentul de garantare a fost emis de către Swiss Asst Management & Trust A.G.

- nu indică nicio dispoziție legală/cerință a documentației de atribuire încălcată de către ..., prin raportare la care autoritatea contractantă și-ar fi fundamentat raționamentul care a condus la aplicarea celei mai drastice dintre măsuri, deși ofertantului respins trebuie să i se comunice motivele concrete (care dincolo de orice dubiu trebuie să se raporteze la o dispoziție legală sau cerință a documentației de atribuire).

b) este și netemeinică, în contextul în care:

- documentația de atribuire trebuie să conțină *„orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”*, potrivit dispozițiilor art. 20 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016;

- autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a identifica o cerință/regulă a documentației de atribuire pretins neîndeplinită, ceea ce denotă întocmai faptul că ofertanții nu au fost informați complet, corect și explicit în raport de interpretările oferite de către ... exclusiv prin Actele atacate; or, atât timp cât însăși ... nu a considerat necesară impunerea unor cerințe clare, complete și corecte, contestatoarea se întreabă cum ar fi putut ofertanții să le cunoască și, eventual, să depună o ofertă care să respecte interpretări pe care autoritatea contractantă nu le-a indicat în documentația de atribuire și, în consecință, nici nu le poate identifica la momentul respingerii ofertei.

În contextul în care o ofertă poate fi considerată inacceptabilă doar în situația în care *„nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia”*, iar autoritatea contractantă nu poate identifica o cerință clară, eventual nerespectată prin informațiile și documentele furnizate de către contestator, oferta a fost respinsă, în mod netemeinic.

- încalcă principiul transparenței; atât la momentul publicării documentației de atribuire, cât și în evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul transparenței, explicit impus prin dispozițiile art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Prin Actele atacate, autoritatea contractantă a procedat, însă, la completarea dispozițiilor legale și a cerințelor documentației de atribuire, prin impunerea unor noi reguli/condiții necunoscute la data depunerii ofertelor. Niciodată raționamentele expuse prin Actele atacate nu au fost cunoscute de către operatorii economici interesați de procedura de achiziție, și deci nici interpretarea cerințelor documentației de atribuire în mod limitativ/restrictiv nu este posibilă și legală. Raționamentul ... (niciodată impus sau asumat prin documentația de atribuire) care interpretează limitativ modalitatea de constituire a garanției de participare, considerând necesar ca instituția financiară nebancară să fie înregistrată în evidențele BNR în pofida inexistenței vreunei cerințe scrise în acest sens, este unitar sancționat atât în legislația națională, cât și în legislația europeană; exemplificativ, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și următoarele considerente relevante:

- Doar precizările explicite ale documentației de atribuire au caracter obligatoriu, aspect confirmat de prevederile art. 36 alin. (6) al H.G. nr. 394/2016. Practic, dacă o suplimentare a prevederilor fișei de date nu produce efecte nici măcar dacă acestea sunt incluse în caietului de sarcini, *a fortiori* o modificare a documentației de atribuire ulterior depunerii ofertelor este, de asemenea, un demers nepermis care conduce la clauze nescrise, deci inaplicabile. Principiul *legal patere regulam quam ipse fecisti* implică faptul că autoritatea administrativă trebuie și ea să se supună modului în care și-a redactat propriile acte – într-o formulare a practicii judiciare (Curtea de Apel Craiova, Decizia civilă nr. 1555/06.03.2012). Cu alte cuvinte, pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă nu poate suplimenta condițiile necesar a fi respectate pentru constituirea garanției de participare.

- Orice operațiune de deducere a unor cerințe implicite reprezintă o vătămare gravă a principiului fundamental al transparenței și al egalității de tratament. Cerințele necesar a fi respectate nu pot fi deduse, nici nu trebuie să depindă de modul în care sunt percepute, ameliorate sau agravate la un moment în timp de vreo entitate publică – un control jurisdicțional efectiv poate fi exercitat doar asupra unor criterii obiective, nu asupra unora care depind de o marjă de apreciere. Aceasta este rațiunea pentru care niciun grad de interpretare nu poate fi lăsat să existe în beneficiul autorității asupra unor criterii care definesc admisibilitatea ofertei – în caz contrar, riscul de arbitrar anihilează dreptul fundamental la transparență, statuat în legislația națională în cadrul art. 2 alin. (2) lit. d) al Legii nr. 98/2016 și confirmat în practica unională - cauza *Enterprised Focused Solutions SRL* (C-278/14), cauza

Medipac – Kazantzidis (C-6/05), cauza Pippo Pizzo (C-27/15), Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

- Principiul transparenței nu permite utilizarea unei prezumții de includere a unei cerințe în documentația de atribuire, în condițiile în care toate cerințele de participare la o procedură concurențială trebuie menționate în documentația de atribuire. Principiul transparenței oprește o autoritate contractantă de la a interpreta în orice mod o cerință a documentației de atribuire, fiind obligată să respecte strict referințele ei literale. O interpretare contrară încalcă principiul fundamental al transparenței, cât și forța obligatorie a documentației de atribuire - Decizia CNSC nr. 2836/C2/3128 din 23.12.2022, pag. 10/16.

A.2. Garanțiile de participare depuse de către contestator respectă întru totul cerințele prevăzute în documentația de atribuire și în dispozițiile legale

Concret:

a) Documentația de atribuire, precum și dispozițiile legale stabilesc condițiile necesare a fi îndeplinite pentru a fi constituită, în mod valabil, garanția de participare și anume: (i) garanția de participare să fie emisă prin virament bancar/instrument de garantare emis de o instituție de credit, instituție financiară nebancară sau de o societate de asigurări; (ii) dacă garanția de participare este emisă de o instituție financiară nebancară, valoarea lucrărilor să fie de cel mult 40.000.000 lei fără TVA; (iii) garanția de participare să fie irevocabilă și necondiționată, respectiv, în cazul celor emise de o instituție financiară nebancară, la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate, iar cuantumul garanției de participare să fie de 90.000 lei pentru Lotul 7 și 46.000 lei pentru Lotul 8; (iv) termenul de valabilitate al garanției de participare să fie cel puțin egal cu valabilitatea ofertei (respectiv până la data de 24.04.2024).

b) Garanțiile de participare depuse de către contestator îndeplinesc condițiile impuse prin documentația de atribuire/dispozițiile legale; mai exact, din analiza garanțiilor de participare depuse în ofertele aferente Lotului 7 și Lotului 8 rezultă că: (i) au fost prezentate instrumente de garantare (scrisorile de garanție nr. SAMT-RO01621023 din 23.10.2023 și SAMT-RO01631023 din 23.10.2023) emise de către o instituție financiară nebancară din Elveția; (ii) valoarea lucrărilor aferentă Lotului 7 (38.962.330,56 lei) și Lotului 8 (19.662.134,40 lei) este mai mică de 40.000.000 lei fără TVA; (iii) scrisorile de garanție sunt irevocabile și necondiționate, Swiss Asst Management & Trust A.G obligându-se să plătească sumele aferente către ... 90.000,00 lei pentru Lotul 7 și 46.000,00 lei pentru Lotul 8 *„la prima sa cerere scrisă, pe baza declarației acesteia cu privire la culpa persoanei garantate/Ofertantului”*; (iv) termenul de valabilitate al instrumentelor de garanție este *„până la data de 24.04.2024”*.

Nicio condiție impusă prin cerințele documentației de atribuire sau dispozițiile legale nu se relevă, așadar, a fi fost nerespectată de către contestator; dimpotrivă, instrumentele de garantare au fost constituite cu respectarea normelor legale, autoritatea contractantă având, așadar, la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata admisibilitatea ofertei.

B. Conduita ..., care de altfel denotă un formalism excesiv, încalcă principiul proporționalității necesar a fi respectat în materia achizițiilor publice; scopul constituirii garanției de participare a fost pe deplin atins

În primul rând, în registrele BNR se înregistrează doar instituțiile financiare nebancare române sau sucursalele din România ale instituțiilor din străinătate. Concret, la nivel național, cadrul legal de reglementare a instituțiilor financiare nebancare este oferit prin Legea nr. 93/2009, aplicabilă instituțiilor financiare nebancare române și *„sucursalelor din România ale instituțiilor financiare având sediul în străinătate”*. Pe de altă parte, Regulamentul BNR nr. 20/2009 privind instituțiile financiare nebancare se aplică *„instituțiilor financiare nebancare, persoane juridice române, și sucursalelor din România ale instituțiilor financiare, persoane juridice străine, prevăzute la art. 1 alin. (2) din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare și reglementează a) înscrierea în registre a instituțiilor financiare nebancare; (...)”*. Este, așadar, indubitabil faptul că obligația înregistrării în evidențele / registrele BNR este impusă doar instituțiilor financiare nebancare din România sau a sucursalelor instituțiilor din străinătate, iar nu și instituțiilor financiare nebancare dintr-un alt stat.

În al doilea rând, societatea emitentă a scrisorilor de garanție este o instituție financiară nebancară, înregistrată în Elveția și supravegheată de autoritățile din statul de rezidență. Prin urmare, atât timp cât Swiss Asst Management & Trust A.G nu este o instituție financiară nebancară română și/sau scrisorile de garanție nu au fost eventual emise de sucursala sa din România, devine evident că nu trebuia înregistrată în registrele BNR, motivul de respingere al ofertelor contestatorului.

Toate aceste aspecte ar fi putut fi facil constatate de către autoritatea contractantă dat fiind că (1) Swiss Asst Management & Trust A.G nu este constituită drept o societate comercială română pe acțiuni (aspect ce poate fi observat urmare a lipsei mențiunii de „S.A.” / „societate pe acțiuni” de la finalul denumirii); (2) pe niciuna dintre scrisorile de garanție nu apare nici mențiunea de „sucursală”. Totodată, prin răspunsurile la clarificări, contestatorul a confirmat explicit și demonstrat faptul că Swiss Asst Management & Trust A.G este o instituție înregistrată și funcționând după regulile aplicabile în Elveția (fără a fi, așadar, constituită la nivelul României).

Deși interesul oricărei autorități contractante ar trebui să fie acela de a se edifica asupra situației concrete a ofertantului - Decizia CNSC publicată în BO nr. 2970 din 2017, precum și asupra posibilității reale,

obiective de respectare a cerințele impuse prin documentația de atribuire, asigurând, astfel, o conduită competitivă a ofertanților - Decizia nr. 2164 din 24 mai 2012 pronunțată de Curtea de Apel București, autoritatea contractantă a ignorat răspunsurile la clarificări și a respins oferta sub un pretext strict formal, inaplicabil situației concrete a emitentului scrisorilor de garanție și nefundamentat în prevederile legale.

În continuare, se prezintă considerații cu privire la principiul proporționalității, necesar a fi respectat în materia achizițiilor publice, astfel cum a fost statuat în mod jurisprudențial de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene și instanțele naționale - Hotărârea CJUE din 10 decembrie 2009 pronunțată în cauza T-195/08 (Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene) din care se citează.

Prin urmare, anterior respingerii ofertei, în aplicarea principiului proporționalității, autoritatea contractantă ar fi trebuit (1) să solicite orice alte clarificări considerate necesare pentru o înțelegere deplină, completă și corespunzătoare a modalității de constituire a instituției emitente a scrisorilor de garanție; (2) să analizeze dispozițiile legale care reglementează obligația de a fi înregistrate în evidențele BNR instituțiile financiare nebancare prin raportare la situația concretă a Swiss Asst Management & Trust A.G. Nu a procedat, însă, astfel, ci a respins ofertele în baza unui raționament exclusiv formal, nefundamentat nici în cerințele documentației de atribuire și/sau dispozițiile legale aplicabile materiei achizițiilor publice, astfel cum am explicat supra, nici în dispozițiile legale care reglementează înregistrarea în registrele BNR.

Raportat la obligația ... de a respecta principiul proporționalității măsurii dispuse, respingerea ofertei apare ca fiind, oricum, și excesivă atât timp cât (i) autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare, încă de la momentul depunerii ofertelor pentru a constata că Scrisorile de garantare respectă toate condițiile impuse de lege și prin documentația de atribuire; (ii) toate neclaritățile autorității contractante au fost lămurite prin răspunsul la clarificare, precum și prin documentele anexate acestuia care confirmau, dincolo de orice dubiu, faptul că nu era necesară autorizarea Swiss Asst Management & Trust A.G. și/sau înscrierea acesteia în evidențele BNR, o astfel de condiție nefiind statuată pentru constatarea admisibilității ofertei.

În al treilea rând, garanțiile de participare, aflate la dispoziția ... pe tot parcursul evaluării, au atins scopul principal pentru care a fost impusă obligația constituirii acestora, respectiv au protejat autoritatea contractantă față de riscul producerii unui eventual prejudiciu, urmare a unui posibil comportament necorespunzător din partea contestatorului pe întreaga perioadă de desfășurare a procedurii de atribuire, fapt pentru care nu se justifică respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă. Cu alte cuvinte, deși susține că nu ar fi fost depusă garanția de participare,

motivul de respingere vizează tocmai modalitatea de constituire a acesteia.

Greșit pretinde, aşadar, autoritatea contractantă faptul că scrisorile de garanție nu ar produce efecte juridice în raport de interpretări care nu au corespondent în prevederile legale în contextul în care (i) dispozițiile Legii nr. 93/2009 nu impun înregistrarea în registrele BNR a instituțiilor financiare nebancare din străinătate; (ii) dispozițiile Legii nr. 98/2016 nu limitează scrisorile de garanție exclusiv la cele emise de instituții financiare nebancare din România; (iii) obligația de a fi prezentată înregistrarea în registrele BNR a instituției nebancare nu a fost impusă prin cerințele documentației de atribuire.

Pe de altă parte, în mod inexplicabil, deși ofertele au fost depuse încă din data de 24.10.2023, autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire abia în data de 04.03.2024, prin respingerea ambelor oferte depuse în etapa inițială (oferta contestatorului în raport de modul de constituire a garanțiilor de participare, în mod greșit, astfel cum s-a demonstrat, iar oferta ... în raport cerințele de calificare aferente etapei de evaluare a DUAE). Cu toate acestea, pe perioada de 132 zile când a durat evaluarea în procedura de atribuire, autoritatea contractantă a fost pe deplin protejată prin scrisorile de garanție constituite de contestator tocmai pentru că respectă întru totul condițiile impuse de lege/documentația de atribuire.

Respingerea ofertei contestatorului încalcă, totodată, și principiul proporționalității întrucât, pe tot parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a avut la dispoziția sa toate informațiile/documentele necesare pentru a constata că acesta a constituit garanțiile de participare în maniera explicit impusă prin dispozițiilor legale.

Obligația înregistrării în evidențele BNR nu a fost impusă pentru instituțiile financiare nebancare din alt stat, contrar încercărilor autorității contractante de a susține contrariul pentru a justifica aplicarea măsurii de respingere a ofertei contestatorului. Simplul fapt că dispozițiile Legii nr. 98/2016 nu limitează scrisorile de garanție exclusiv la cele emise de instituții financiare nebancare din România ar fi trebuit să fie suficient pentru ca autoritatea contractantă să constate admisibilitatea ofertei; conduita contrară se impune a fi sancționată prin anularea Actelor atacate.

C. Nicio prevedere legală și nicio cerință a documentației de atribuire nu statuează respingerea ofertelor urmare a neînregistrării în evidențele BNR a instituției financiare nebancare, emitente a scrisorilor de garanție; dimpotrivă, este permisă prezentarea instrumentului de garantare emis de către o instituție financiară nebanară din orice stat

Respingerea ofertei este nelegală și netemeinică atât timp cât nici dispozițiile legale și nici cerințele documentației de atribuire nu prevăd o astfel de măsură pentru motivele reținute în Actele atacate. Concret:

a) Nicio dispoziție legală sau cerință a documentației de atribuire nu impun sancțiunea respingerii ofertelor ca inacceptabile în situația în care nu este prezentată dovada înregistrării instituției financiare nebancare în registrele BNR; prin urmare, la momentul depunerii ofertelor, contestatorul nu a cunoscut posibilitatea de a fi aplicată această sancțiune pentru simplul fapt că a prezentat un instrument de garantare emis de către o instituție financiară nebancară din Elveția, fiind întru totul respectate toate condițiile impuse de către autoritatea contractantă pentru constituirea garanției de participare.

b) Temeiurile de drept invocate pentru respingerea ofertei nu sunt aplicabile motivelor reținute în cadrul Actelor atacate; în acest sens, se citează prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 - or, astfel cum s-a detaliat supra, garanțiile de participare prezentate de către contestator respectă întru totul condițiile de formă explicit impuse prin dispozițiile legale, neputând fi identificat niciun element omis sau nerespectat și art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, care statuează respingerea ofertei ca inacceptabilă în situația în care ofertantul nu răspunde la solicitarea de clarificare privind îndeplinirea condițiilor de formă și/sau cuantumului sau valabilitatea acesteia. Această situație nu este aplicabilă tocmai pentru că (i) ofertantul a răspuns solicitării de clarificare adresare, depunând documentele relevante care confirmă aspectele necesar a fi fost lămurite și, oricum, (ii) un astfel de motiv nu se relevă din Actele atacate.

Astfel, măsura respingerii ofertei este nelegală și netemeinică, disproporționată și fundamentată pe un formalism excesiv, impunându-se, așadar, anularea Actelor atacate atât timp cât:

- nicio dispoziție legală incidentă nu impune ca instituția financiară nebancară să fie înregistrată în evidențele BNR; raționamentul autorității contractante se bazează, așadar, pe condiții/reguli care exced dispozițiilor legale prin care s-a statuat modul de constituire a garanției de participare și/sau cerințelor documentației de atribuire, fiind, așadar, încălcat principiul transparenței;

- principiul proporționalității măsurii dispuse nu a fost, de asemenea, respectat, întrucât ... a avut la dispoziția sa instrumentele de garantare constituite în conformitate cu dispozițiile legale și cerințele documentației de atribuire, fapt pentru care a cunoscut că a fost atins scopul pentru care o astfel de obligație a fost impusă în sarcina contestatorului;

- dispozițiile legale și/sau cerințele documentației de atribuire nu stabilesc sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă urmare a neprezentării/ nedeținerii înregistrării de către BNR a instituției financiare nebancare, emitente a scrisorilor de garanție.

D. Anularea procedurii de atribuire este o măsură extremă, necesar a fi aplicată strict și limitativ în acele situații în care salvagardarea nu mai este posibilă; refuzul ... de a evalua și constata, în concret, faptul că

oferta contestatorului este admisibilă nu poate reprezenta un fundament al deciziei de anulare a unei proceduri de atribuire. Principiul eficienței utilizării fondurilor publice este grav încălcat

Contestatorul susține că autoritatea contractantă a procedat la anularea procedurii de atribuire, forțând aplicarea dispozițiilor art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Or, motivul care a determinat decizia de anulare, respectiv faptul că nu ar fi fost depusă nicio ofertă admisibilă, nu este întemeiat având în vedere că oferta contestatorului îndeplinește toate cerințele documentației de atribuire și dispozițiile legale privind modalitatea de constituire a garanției de participare; singurul motivul pentru care această ofertă a fost respinsă din procedura de atribuire este nelegal și netemeinic, astfel cum s-a arătat și anterior.

Prin respingerea netemeinică și nelegală a ofertei contestatorului, autoritatea contractantă a creat o circumstanță artificială de anulare a procedurii de atribuire, fiind încălcat principiul asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Nici măcar posibilitatea de a salvarda atribuirea contractului nu a motivat autoritatea contractantă să procedeze la o evaluare imparțială și corectă a singurului motiv de respingere al ofertei, preferând ca sub pretextul depunerii unor documente valabile, fără o motivare temeinică raportată inclusiv la dispozițiile legale incidente, să anuleze o procedură de atribuire a cărei organizare, derulare și verificare a presupus implicarea unor importante resurse financiare și logistice pentru fiecare dintre părți. În condițiile în care niciun indiciu din Actele atacate nu conduce la concluzia că autoritatea contractantă a procedat la verificarea concretă, completă și corespunzătoare a documentelor și informațiilor furnizate de către contestator, devine evident că, în realitate, și măsura de anulare a procedurii de atribuire a fost discreționar și oportunist dispusă.

Minime diligențe (de tipul evaluării efective a scrisorilor de garantare prezentate de către contestator – care, de altfel, trebuiau să intereseze autoritatea contractantă) ar fi relevat realitatea: au fost îndeplinite toate condițiile impuse de lege pentru constituirea garanției de participare printr-un instrument emis de către o instituție financiară nebancară. Măsura anulării procedurii este cu atât mai gravă cu cât, din perspectiva eficienței utilizării fondurilor publice, autoritatea a permis organizarea procedurii de atribuire pentru ca să respingă oferta contestatorului sub pretextul unei așa zise neconstituiri corespunzătoare a garanției de participare și, în final, abia după 132 de zile de la data depunerii ofertelor, să anuleze procedura de atribuire.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C., pentru loturile 7 și 8, anularea adreselor nr. 2/3783/04.03.2024 (lot 7) și nr. 2/3785/04.03.2024 (lot 8) de comunicare a rezultatului procedurii și a rapoartelor de anulare a procedurii nr. 3676/01.03.2024 (lot 7) și nr. 3677/01.03.2024 (lot 8),

obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei ..., obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei, precum și încuviințarea accesului la dosarul achiziției publice și fotocopierea documentelor considerate relevante.

Prin adresa nr. 1/5681/19.03.2024, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 16788/19.03.2024, ... transmite punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației ... ca nefondată/neîntemeiată, având în vedere următoarele motive:

Contestatorul a depus oferte pentru loturile 2 - DRDP Craiova, lotul 5 - DRDP Brașov, lotul 6 - ..., lotul 7 - ... și lot 8 ..., pentru care a depus, la toate loturile specificate, scrisori de garanție de participare emise de Swiss Asst Management & Trust A.G. (instituție financiar nebanară din stat terț), în conținutul cărora se menționează că se obligă față de ... să plătească irevocabil și necondiționat sumele prevăzute în documentația de atribuire.

Urmare a evaluării garanției de participare depuse, comisia a analizat documentele depuse și intitulate drept scrisori de garanție de participare, prin prisma solicitărilor autorității contractante din documentația de atribuire, cât și raportat la toate prevederile legale incidente și a solicitat clarificări.

Ofertantul a răspuns, aducând la cunoștință faptul că: *„societatea SWISS ASST MANAGEMENT & TRUST A.G. emitentul scrisorilor de garanție, este o instituție financiară nebanară înregistrată în Elveția, autorizată să emită inclusiv instrumente de garantare, fiind înscrisă în lista autorității de supraveghere a pieței financiare din Elveția”*.

În urma răspunsului transmis de ofertant, comisia a solicitat clarificări Băncii Naționale a României, care a răspuns cu adresa nr XIV/5/5012/ 14.12.2023, prin care a concluzionat faptul că societatea Swiss Asst Management & Trust A.G. nu se află înscrisă în registrele/listele ținute de BNR, unde se regăsesc entitățile aliate în aria de responsabilitate a băncii centrale.

Din perspectiva cadrului legal administrat de Banca Națională a României rezultă faptul că entitățile din state terțe pot desfășura pe teritoriul României activitatea de emitere garanții (ca formă a activității de creditare) doar după obținerea unei autorizații în acest sens din partea Băncii Naționale a României/ înregistrarea în registrele relevante ținute de banca centrală.

Așa cum este prevăzut în Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, cu modificările și completările ulterioare, instituțiile de credit din state terțe pot desfășura activitate (inclusiv, cea de emitere garanții) pe teritoriul României doar prin intermediul unei sucursale autorizate de Banca

Națională a României, în conformitate cu dispozițiile capitolului V (regimul instituțiilor de credit din state terțe) Titlul I, Partea I din respectivul act normativ (art. 67 - 79).

Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, cu modificările și completările ulterioare, prevede că o entitate economică din afara Uniunii Europene, care nu are o sucursală înregistrată pe teritoriul României, nu poate desfășura activitate de creditare cu titlu profesional pe teritoriul României.

Această activitate poate fi desfășurată, exclusiv, ulterior înscrierii în registrul general ținut de Banca Națională a României, cu respectarea tuturor cerințelor legale impuse de Capitolul II - Secțiunea I din Regulamentul BNR nr. 20/2009 privind instituțiile financiare nebancare, cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la obiecțiunile transmise de ..., prin care acesta contestă faptul că documentația de atribuire nu impunea demonstrarea înregistrării instituției financiar nebancare, emitentă a scrisorilor de garanție, în evidențele/registrele BNR, autoritatea contractantă aduce la cunoștință faptul că documentația de atribuire avea prevăzută cerința, astfel: *„Garanția de participare (...) trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin (...) b) instrumente de garantare emise în condițiile legii”*.

Or, sintagma „în condițiile legii” nu are înțeles strict/restrictiv, cu referire doar la prevederile legale ce vizează legislația achizițiilor publice, ci și la prevederile legale ce se circumscriu sferei de reglementare a BNR privind autorizarea funcționării pe teritoriul României a activităților de emisie garanții de către entitățile din state terțe, adresa formulată ca răspuns de către BNR precizând în manieră clară modul de funcționare a instituțiilor financiar nebancare.

Pentru a se prezenta Consiliului o imagine corectă a întregii situații cu privire la conduita ofertantului, se face precizarea că după solicitările de clarificări transmise ofertantului ... pentru toate loturile, astfel cum au fost menționate anterior, pentru lotul 6 ..., probabil urmare a verificării aspectelor semnalate în solicitare, se încearcă constituirea garanției de participare într-un alt mod, depunând suma de 101.000 lei (aferentă garanției de participare) în contul ... pus la dispoziție prin documentația de atribuire. Este o conduită în urma căreia se poate concluziona faptul că ofertantul a conștientizat că documentele depuse și intitulate drept scrisori de garanție de participare nu au acoperire pe teritoriul României și nu asigură garanția angajamentelor asumate, încercând tardiv „să regleze” aspectul constituirii garanțiilor de participare prin depunerea unui Ordin de plată UniCredit Bank din 02.11.2023, pentru suma de 101.000,00, aspect care echivalează cu modificarea modalității de constituire a garanției de participare.

Faptul că perioada de evaluare a durat 132 de zile până la anulare, denotă faptul că documentele au fost analizate în directă concordanță cu

prevederile legale invocate de BNR în adresa de răspuns transmisă către autoritatea contractantă.

Astfel, comisia de evaluare consideră că a procedat în mod corect și legal atunci când a luat decizia de respingere a ofertei ...

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată/neîntemeiată cu privire la toate capetele de cerere, cu consecința menținerii actelor întocmite de către autoritatea contractantă ca fiind legale și corecte.

Prin adresa din data de 27.03.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 18937/27.03.2024, ... transmite Note Scrise, formulate prin raportare la punctul de vedere al autorității contractante și la documentele dosarului achiziției publice, studiat la sediul CNSC în data de 26.03.2024, apreciind faptul că se impune admiterea contestației sale și reevaluarea ofertei, cu consecința stabilirii caracterului admisibil al acesteia, din perspectiva modului de constituire al garanției de participare.

A. Disputa

Este disputată respingerea ofertei ... din procedura de atribuire - loturile 7 și 8.

Autoritatea contractantă a respins ofertele sub pretextul că scrisorile de garanție, prezentate pentru demonstrarea constituirii garanțiilor de participare, ar fi trebuit emise de către o instituție financiară nebancară înregistrată în evidențele BNR. În opinia autorității contractante, doar dacă s-ar fi procedat astfel ar fi fost corect mecanismul de constituire a garanției de participare (condiție care nu se regăsește, însă, impusă, după cum se argumentează).

B. Respingerea ofertelor este netemeinică și nelegală dat fiind că:

(a) Nici dispozițiile legale aplicabile materiei achizițiilor publice, nici cerințele documentației de atribuire nu impun condiția ca instituția financiară nebancară, emitentă a scrisorilor de garanție, să fie înregistrată în evidențele BNR; motivul de respingere înalcă, așadar, principiile transparenței și tratamentului egal, tocmai pentru că se bazează pe o regulă care nu a fost adusă la cunoștința operatorilor economici anterior depunerii ofertelor; în acest sens, relevante sunt:

- dispozițiile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, citate;

- este permisă prezentarea scrisorilor de garanție emise de către o instituție financiară nebancară din orice stat; concret, se statuează explicit faptul că instituțiile financiare nebancare pot fi „din România sau din alt stat”, fără nicio altfel de limitare (nici măcar prin raportare la spațiul european).

Or, emitentul scrisorilor de garanție depuse de către contestator, Swiss Asst Management & Trust A.G., este o instituție financiară nebancară înregistrată în Elveția, fiind, așadar, îndeplinită această „condiție” impusă prin dispozițiile legale.

- instituția financiară nebancară nu trebuie înregistrată în anumite evidențe naționale/române pentru a fi considerată legal constituită garanția de participare; o astfel de condiție nu a fost impusă prin raportare la instituțiile financiare nebancare, ci exclusiv și limitativ pentru societățile de asigurare (care reprezintă emitenți distincți a unor mijloace diferite de constituire a garanției de participare).

Oricum, Swiss Asst Management & Trust A.G. este înscrisă în lista autorității de supraveghere a pieței financiare din Elveția (FINMA) și are, totodată, calitatea de membru în cadrul VQF (care reprezintă asociația de supraveghere a standardelor de servicii financiare din Elveția), entități recunoscute de către autoritatea contractantă. Cu toate acestea, la momentul respingerii ofertelor contestatorului, ... a ignorat toate aceste aspecte sub pretextul că instituție financiară nebancară nu este înregistrată în evidențele BNR, deși o astfel de condiție nu rezultă nici din dispozițiile legale, nici din cerințele documentației de atribuire:

- dispozițiile art. 36 din H.G. nr. 395/2016, citate.

- prin cerințele documentației de atribuire pot fi prevăzute doar suma și perioada de valabilitate a garanției de participare.

Or, scrisorile de garanție prezentate de către contestator respectă aceste două condiții, aspect ce rezultă atât din analiza comparativă a cerințelor documentației de atribuire și a instrumentelor depuse în ofertă, cât și din faptul că nu reprezintă motivul de respingere al ofertelor, astfel cum acesta a fost redat în actele atacate.

- autoritatea contractantă nu are dreptul (1) nici de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită instituție financiară nebancară; nici de a (2) limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor doar la o singură categorie dintre cele prevăzute de lege.

Prin respingerea ofertelor, autoritatea contractantă încalcă, însă, aceste restricții tocmai pentru că nu acceptă instrumentele de garantare emise de către Swiss Asst Management & Trust A.G. Practic, autoritatea contractantă limitează emitenții instrumentelor de garantare, la momentul evaluării ofertelor, deși un astfel de demers nu este permis.

- dispozițiile art. 20 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 și principiile necesar a fi respectate în materia achizițiilor publice, în interpretarea Curții de Justiție a Uniunii Europene - Decizia CJUE din 29 aprilie 2004, pronunțată în cauza C-496/99.

- toate condițiile/cerințele necesar a fi respectate de către ofertanți să fie în mod clar, precis și fără echivoc prezentate în documentația de atribuire, doar astfel putându-se asigura absența riscului de arbitrar din partea autorității contractante.

Cu toate acestea, în documentația de atribuire nu există nicio cerință prin care să fie restricționată posibilitatea prezentării unor scrisori de garanție emise de către instituțiilor nebancare din Elveția.

- o ofertă să nu fie respinsă în baza unor cerințe pe care operatorii economici nu le-au cunoscut la data depunerii ofertelor.

Or, motivele pentru care ofertele contestatorului au fost respinse nu au fost cunoscute de către niciun operator economic diligent tocmai pentru că nu se desprind nici din dispozițiile legale incidente, nici din cerințele documentației de atribuire, raționamentul autorității contractante nefundamentându-se pe niciun reper legal, temeinic, obiectiv și clar.

- actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

Măsura de respingere a ofertelor depășește limitele a ceea ce era, de fapt, adecvat și necesar pentru îndeplinirea scopului constituirii garanțiilor de participare dat fiind că, pe parcursul celor 132 de zile când a „durat” evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a fost protejată de un eventual comportament necorespunzător al ofertantului, în contextul în care din documentele aflate la dispoziția sa rezultă explicit faptul că Swiss Asst Management & Trust A.G. s-a obligat să plătească sumele aferente (de 90.000 pentru Lotul 7 și 46.000,00 lei pentru Lotul 8) la o simplă solicitare a ... în acest sens.

Pe de altă parte, măsura de respingere a ofertelor încalcă principiul proporționalității și urmare a faptului că justificarea autorității contractante nu se fundamentează pe dispozițiile legale incidente și/sau cerințele documentației de atribuire și nu relevă o analiză obiectivă, completă, concretă a documentelor puse la dispoziția sa; practic, orice neclaritate ar mai fi avut autoritatea contractantă privind modalitatea de constituire a garanțiilor de participare, ar fi putut fi facil înlăturată dacă o simplă solicitare în acest sens i-ar fi fost adresată ofertantului. ... nu a procedat, însă, astfel, ci a dispus cea mai drastică dintre măsurile posibil a fi adoptate ce a condus, totodată, la anularea procedurii de atribuire, deși nici măcar temeiurile de drept invocate pentru respingerea ofertelor contestatorului nu se circumstanțială motivele invocate.

(b) Oricum, nici dispozițiile legale care reglementează înregistrarea instituțiilor financiare nebancare în evidențele BNR nu susțin/confirmă/fundamentează motivele de respingere a ofertelor.

În acest sens, se arată că:

- Nicio dispoziție legală nu impune ca toate instituțiile financiare nebancare nerezidente să fie înregistrate în evidențele BNR; o astfel de condiție este impusă explicit și limitativ doar pentru persoanele juridice române și sucursalelor din România ale instituțiilor financiare având sediul în străinătate;

- Societatea emitentă a scrisorilor de garanție este o instituție financiară nebancară, înregistrată în Elveția și supravegheată de autoritățile din statul de rezidență. Prin urmare, atât timp cât Swiss Asst Management & Trust A.G nu este o instituție financiară nebancară română și/sau scrisorile de garanție nu au fost eventual emise de

sucursala sa din România, devine evident că nu trebuia înregistrată în registrele BNR - motivul de respingere al ofertelor contestatorului.

▪ BNR a recomandat ca ... să realizeze o „evaluare prealabilă” a Swiss Asst Management & Trust A.G. pentru ca autoritatea contractantă să se asigure privind îndeplinirea angajamentelor pentru ca autoritatea contractantă să se asigure privind îndeplinirea angajamentelor asumate. Or, o astfel de evaluare prealabilă a fost întreprinsă de către autoritatea contractantă tocmai pentru că ofertantului i s-a solicitat prezentarea dovezilor că instituția financiară nebancară este înregistrată/autorizată de către FINMA și supravegheată de către VQF, documente în acest fiind puse la dispoziția Totodată, BNR a confirmat faptul că nu poate exprima un punct de vedere privind emiterea garanțiilor de participare la procedurile de atribuire și/sau reglementarea din materia achizițiilor publice și/sau capacitatea financiară a unor entități care nu sunt înscrise în evidențele BNR, întrucât excedează ariei de competență a băncii centrale.

Facil, se poate, așadar, observa din corespondența ... și BNR faptul că banca centrală nu a validat motivele pentru care ofertele au fost respinse; dimpotrivă, deși interpelat privind posibilitatea Swiss Asst Management & Trust A.G. de a emite scrisori de garanție pe teritoriul României, BNR nu a infirmat acest drept, ci a recomandat exclusiv o evaluare prealabilă a instituției financiare nebancare (nicidecum respingerea ofertei pentru că documentele prezentate nu ar fi fost valabil emise, cum greșit a procedat autoritatea contractantă). Prin urmare, motivele de respingere a ofertelor sunt, în realitate, rezultatul unor interpretări tendențioase și netemeinice a documentelor prezentate și a dispozițiilor legale aplicabile, fără ca raționamentul ... să fie validat/confirmat de către BNR.

Comparativ, se arată, totodată, faptul că în raport de o altă instituție financiară nebancară, întrebare fiind prin aceeași corespondență a ..., BNR indică explicit faptul că Leorm Finance nu are competența de a emite instrumente de garantare; diametral opus, față de Swiss Asst Management & Trust A.G., BNR recomandă exclusiv o evaluare prealabilă a instituției financiare nebancare.

Tendențios, însă, pentru a justifica respingerea ofertelor contestatorului, autoritatea „încurcă” două aspecte distincte, mai exact (i) desfășurarea de către instituția financiară nebancară a activității pe teritoriul României (în raport de care este necesară înscrierea în evidențele BNR) și (ii) emiterea unor scrisori de garanție pentru o procedură de atribuire organizată pe teritoriul României (demers posibil a fi întreprins, reglementat prin dispozițiile aplicabile materiei achizițiilor publice, inclusiv prin raportare la instituții financiare nebancare din alt stat decât România).

Este, așadar, indubitabil faptul că, pentru a dispune respingerea ofertelor Gamida, autoritatea contractantă a eludat dispozițiile legale și

principiile necesar a fi respectate în evaluarea ofertelor. În mod nepermis, autoritatea contractantă a modificat aplicabilitatea dispozițiilor legale prin impunerea unor condiții pe care operatorii economici nu le-au cunoscut la data depunerii ofertelor și, implicit, nici nu le puteau respecta.

Pe de altă parte, nici BNR nu a confirmat necesitatea ca Swiss Asst Management & Trust A.G. să fi fost înscrisă în evidențele sale pentru a emite scrisorile de garantare, motivul de respingere a ofertelor fiind, așadar, invalidat de către banca centrală; dimpotrivă, BNR a recomandat exclusiv o evaluare a instituției financiare nebancare, iar Gamida a prezentat documentele prin care se demonstrează faptul că Swiss Asst Management & Trust A.G. este autorizată și supravegheată în țara de rezidență.

Oricum, autoritatea contractantă trebuia și putea să salvgardeze procedura de atribuire tocmai pentru că pe tot parcursul evaluării ofertelor a fost protejată de un eventual comportament necorespunzător al contestatorului (scopul constituirii garanțiilor de participare) și tocmai prin faptul că Swiss Asst Management & Trust A.G. s-a obligat să plătească sumele aferente la o simplă solicitare a ... în acest sens (aspect confirmat și prin punctul de vedere al autorității contractante), toate condițiile impuse pentru constituirea garanțiilor de participare fiind, în realitate, pe deplin îndeplinite.

C. Sunt netemeinice și argumentele prezentate de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere

Deși ignoră întru totul argumentele invocate de către contestator, prin care se demonstrează netemeinicia și nelegalitatea măsurii de respingere a ofertelor (în baza cărora s-ar fi impus, de fapt, adoptarea unor măsuri de remediere a erorilor din cadrul Actelor atacate), autoritatea contractantă înțelege să invoce prin punctul de vedere următoarele trei (3) aspecte:

i) Răspunsul BNR din care rezultă că Swiss Asst Management & Trust A.G. nu ar fi înscrisă în evidențele deținute de către acesta, aspect care nu a fost, însă, contestat de către Gamida; dimpotrivă, explicit s-a susținut prin contestație faptul că o astfel de înscriere nu era, în realitate, necesară pentru validitatea scrisorii de garanție, tocmai pentru că dispozițiile legale permit depunerea unui astfel instrument emis de o instituție financiară nebancară din orice stat.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă ignoră faptul că dispozițiile legale invocate (exclusiv prin punctul de vedere, acestea neregăsindu-se nici în Actele atacate, nici în documentația de atribuire) vizează exclusiv desfășurarea activităților în România de către instituțiile financiare nebancare; situație, de altfel, din nou necontestată; dimpotrivă, explicit s-a indicat faptul că instituția financiară nebancară își desfășoară activitatea în Elveția, fiind înregistrată în registrele aferente

țării de rezidență, situație perfect legală și posibilă față de constrângerile pe care legea achizițiilor publice le conține.

În realitate, prin invocarea dispozițiilor art. 67 - 79 din O.U.G. nr. 99/2006, autoritatea contractantă confirmă faptul că în evidențele BNR sunt înregistrate doar sucursalele instituțiilor financiare nebankare din state terțe, astfel cum și s-a demonstrat prin contestația formulată.

Nici invocarea generică a dispozițiilor Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebankare nu justifică și nu poate justifica respingerea ofertelor, tocmai pentru că nicio condiție a dispozițiilor legale aplicabile modului de constituire a garanțiilor de participare și/sau impusă prin documentația de atribuire nu statuează obligația ca instituția financiară nebankară să desfășoare activități pe teritoriul României; dimpotrivă, explicit se constată că dispozițiile legale reglementează posibilitatea depunerii unor scrisori de garanție emise de către o instituție financiară „din alt stat”.

De altfel, prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă ignoră inclusiv aspectele care rezultă din corespondența sa cu BNR; în acest sens, contestatorul citează solicitarea autorității contractante și răspunsul BNR.

ii) Impunerea obligației ca garanția de participare să fie emisă „în condițiile legii” prin cerințele documentației de atribuire; ceea ce ignoră, însă, autoritatea contractantă este tocmai faptul că Gamida a respectat, la momentul constituirii garanției de participare, dispozițiile legale aplicabile materiei achiziției publice, astfel cum amplu rezultă din contestația formulată și din sinteza prezentată supra.

Nicio mențiune a documentației de atribuire nu face trimitere la dispozițiile legale naționale privind instituțiile financiare nebankare (redate de către autoritatea contractantă doar prin punctul de vedere), ci doar la Legea nr. 98/2016, care permite depunerea unei scrisori de garanție emise de către orice instituție financiară nebankară, indiferent de statul în care își desfășoară activitatea.

Completarea documentației de atribuire, la momentul elaborării punctului de vedere, este nepermisă tocmai pentru că:

(1) contravine caracterului definitiv al acesteia, rezultat prin faptul că cerințele privind garanția de participare nu au fost contestate în termenul legal și, în consecință, trebuie aplicate de către autoritatea contractantă, la momentul evaluării ofertelor;

(2) se citează din Hotărârea CJUE din 2 iunie 2016 emisă în cauza

C-27/15.

iii) În ceea ce privește depunerea garanției de participare aferente Lotului 6 al procedurii de atribuire prin virament bancar, demers care ar

confirma, în opinia autorității contractante, o „conștientizare” a ofertantului privind faptul că scrisorile de garanție emise de către Swiss Asst Management & Trust A.G nu ar avea „acoperire pe teritoriul României și nu asigură garanția angajamentelor asumate”, contestatoarea arată că Lotul 6 al procedurii de atribuire nu formează obiectul contestației cu care Consiliul a fost investit de către Gamida și, implicit, conduita sa nu poate fi analizată (susținerile autorității contractante excedând cadrului investiției).

De asemenea, contestatoarea arată că demersul său de a consemna suma și prin virament (în cazul aceluși alt lot) se datorează valorii estimate a lucrărilor; mai exact, singura condiție impusă de dispozițiile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 pentru constituirea garanției de participare prin scrisoare emisă de către o instituție financiară nebancară vizează ca valoarea estimată a lucrărilor să fie mai mică de 40.000.000 lei; or, urmare a faptului că valoarea estimată a Lotului 6 este de 43.681.550,40 lei, prin răspunsul la clarificări, ofertantul a înțeles să vireze suma aferentă garanției de participare în contul ... indicat în documentația de atribuire. O astfel de condiționare nu se relevă, însă, și în raport de Loturile 7 și 8 ale procedurii de atribuire a căror valoare estimată este sub plafonul impus de dispozițiile legale în raport de care este posibilă constituirea garanției de participare și prin scrisori de garantare.

Prin urmare, conduita contestatorului din cadrul Lotului 6 nu confirmă susținerile autorității contractante, ci denotă o reconfortare a acesteia privind constituirea corectă, completă și conformă a garanției de participare în conformitate cu specificul fiecărui lot în parte.

Așadar, nici prin punctul de vedere, autoritatea contractantă nu identifică cerința documentației de atribuire și/sau dispoziția legală încălcate de către contestator prin prezentarea garanțiilor de participare emise de către o instituție financiară nebancară din Elveția.

De altfel, autoritatea contractantă nici nu poate proceda astfel întrucât dispozițiile legii care reglementează modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire permit prezentarea unor garanții de participare „emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat”, fără nicio altă condiție (precum înregistrarea unei sucursale în România și/sau înregistrarea în evidențele BNR).

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC sub nr. 18946/27.03.2024, reprezentantul convențional al contestatoarei a comunicat Consiliului cuantumul cheltuielilor de judecată și documente doveditoare (factura și OP).

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin licitație deschisă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „*Lucrări de marcare*”

rutiere executate în strat gros - Produse plastice aplicate la rece, necesare drumurilor de interes național - autostrăzi, drumuri expres, drumuri internaționale «E», drumuri naționale principale, drumuri naționale secundare administrate de ... SA Lot 1 DRDP Buc, Lot 2 DRDP Cv, Lot 3 DRDP Tm, Lot 4 DRDP Cj, Lot 5 DRDP Bv, Lot 6 ..., Lot 7 DRDP Cta, Lot 8 ...", cod CPV 45233221-4 (Rev.2), divizat pe opt loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../27.04.2023, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor, la data de 15.06.2023, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 330.522.158,88 lei.

Contestația formulată de ... vizează rezultatul procedurii de atribuire aferent următoarelor loturi:

- **lotul nr. 7** – *„Lucrări de marcaje rutiere executate în strat gros - Produse plastice aplicate la rece, necesare drumurilor de interes național - autostrăzi, drumuri expres, drumuri internaționale «E», drumuri naționale principale, drumuri naționale secundare administrate de ... SA - ...”, având o valoare estimată de 38.962.330,56 lei, fără TVA, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 9.806.130 lei;*

- **lotul nr. 8** – *„Lucrări de marcaje rutiere executate în strat gros - Produse plastice aplicate la rece, necesare drumurilor de interes național - autostrăzi, drumuri expres, drumuri internaționale «E», drumuri naționale principale, drumuri naționale secundare administrate de ... SA - ...”, având o valoare estimată de 19.662.134,40 lei, fără TVA, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 5.066.944,20 lei.*

... a făcut dovada constituirii cauțiunii conform dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, depunând, în original, Recipisa de consemnare nr. 210034813/1 din data de 11.03.2024, eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., în valoare de 392.245,20 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Așa cum rezultă din documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul reține că în cadrul loturilor 7 și 8, au fost depuse câte două oferte - ... și ...

Prin Raportul de anulare a procedurii nr. 3/3676/01.03.2024 (lot 7) și, respectiv prin Raportul de anulare a procedurii nr. 3/3676/01.03.2024 (lot 8), membrii Comisiei de evaluare au anulat, în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, procedura de atribuire aferentă loturilor 7 și 8.

Prin adresa nr. 2/3783/04.03.2024 (lot 7) și respectiv, prin adresa nr. 2/3785/04.03.2024 (lot 8), autoritatea contractantă a comunicat

contestatoarei faptul că oferta acesteia a fost respinsă „în conformitate cu prevederile HG nr. 395/2016 (A) - articolul 137 - « (1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile, neconforme și neadecvate». Oferta a fost declarată inacceptabilă, în baza prevederilor:

- Legii nr. 98/2016 - art. 215

«(4) Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia»

- HG nr. 395/2016:

«Articolul 35 (1) - Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei».

«Articolul 132 (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 forma ale garanției de participare, precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă, deoarece nu aveți constituită garanția de participare”.

În ceea ce privește lotul 7 i s-a mai comunicat contestatoarei faptul că:

„Documentul intitulat „Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. SAMT-RO01621021 din 23.10.2023” este emis de o entitate din afara UE, respectiv SWISS ASSET MANAGEMET & TRUST AG. Pentru a desfășura activitatea pe teritoriul României, orice entitate dintr-un stat terț trebuie să obțină autorizație în acest sens din partea Băncii Naționale a României/ înregistrarea în registrele relevante ținute de banca centrală, însă SAMT (SWISS ASSET MANAGEMET & TRUST AG) nu se regăsește în evidentele/registrele BNR, prin urmare nu este autorizată a funcționa pe teritoriul României. Aceasta înseamnă că instrumentul de garantare depus de dvs. ca garanție de participare nu este constituit în condițiile legii aplicabile în România, prin urmare nu produce efecte juridice și nu poate fi luat în considerare.

Procedura de achiziție pentru acest lot a fost anulată, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016(A) - art. 212 aliniatul (1) - Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă (...).”.

În ceea ce privește lotul nr. 8, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei aceleași informații ca și în cazul lotului 7, fiind particularizat doar numărul scrisorii de garanție de participare la licitație, în cadrul lotului 8 fiind depus documentul înregistrat sub nr. SAMT - RO01631023 din 23.10.2023, emis de SWISS ASSET MANAGEMET & TRUST AG.

Fiind nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire aferent loturilor 7 și 8, ... a sesizat Consiliul cu contestația care formează obiectul prezentului dosar, solicitând următoarele:

- anularea adreselor nr. 2/3783/04.03.2024 (lot 7) și nr. 2/3785/04.03.2024 (lot 8) de comunicare a rezultatului procedurii și a rapoartelor de anulare a procedurii nr. 3676/01.03.2024 (lot 7) și nr. 3677/01.03.2024 (lot 8);

- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei ...;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze în cuantum de 26.958,82 lei, documentele doveditoare fiind comunicate prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 18946/27.03.2024.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că oferta depusă de contestatoare în cadrul loturilor 7 și 8 a fost respinsă, pentru același motiv, în temeiul Legii nr. 98/2016 [art. 215 alin. (4)] și HG nr. 395/2016 [art. 35 alin. (1) și art. 132 alin. (3)] deoarece nu are constituită garanția de participare iar *„instrumentul de garantare depus (...) ca garanție de participare nu este constituit în condițiile legii aplicabile în România, prin urmare nu produce efecte juridice și nu poate fi luat în considerare”*, iar întrucât conduita părților este identică în cadrul ambelor loturi, criticile vor fi analizate în mod unitar.

Astfel, Consiliul reține următoarele:

În cadrul lotului 7, ofertanta contestatoare, persoană juridică română, a prezentat următoarele documente:

- a) Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. SAMT-RO01621023 din 23.10.2023 prin care emitentul, Swiss Asst Management & Trust A.G., se obligă față de ... să plătească irevocabil și necondiționat suma de 90.000 lei;

- b) Contractul de emitere instrumente de garantare nr. SAMT-RO1621023/23.10.2023 încheiat între Swiss Asst Management & Trust A.G., în calitate de instituție financiară și Gamida, în calitate de solicitant;

- c) Biletul la ordin, fără protest emis de către contestator, în valoare de 90.000 lei, pentru Swiss Asst Management & Trust A.G.;

- d) OP în valoare de 1.612,22 RON.

În cadrul lotului 8, ofertanta contestatoare a prezentat următoarele documente:

- a) Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. SAMT-RO01631023 din 23.10.2023 prin care emitentul, Swiss Asst Management & Trust A.G., se obligă față de ... să plătească irevocabil și necondiționat suma de 46.000 lei;

b) Contractul de emitere instrumente de garantare nr. SAMT-RO01631023 încheiat între Swiss Asst Management & Trust A.G., în calitate de instituție financiară și Gamida, în calitate de solicitant;

c) Biletul la ordin, fără protest emis de către contestator, în valoare de 46.000 lei, pentru Swiss Asst Management & Trust A.G;

d) OP în valoare de 1.257,50 RON.

Verificând activitatea Comisiei de evaluare, Consiliul reține următoarele:

- Prin adresa nr. ACH23/1E/1323/26.10.2023 (lot 7), Comisia de evaluare a solicitat ofertantei contestatoare clarificări în legătură cu garanția de participare, la care ... a răspuns prin adresa nr. 556/02.11.2023 (lot 7);

- Prin adresa nr. ACH23/1E/1325/26.10.2023 (lot 8), Comisia de evaluare a solicitat ofertantei contestatoare clarificări în legătură cu garanția de participare, la care ... a răspuns prin adresa nr. 557/02.11.2023 (lot 8)

Analizând în mod comparativ, atât solicitările de clarificări aferente loturilor 7 și 8 cât și răspunsurile la clarificări ale contestatoarei (lot 7 și 8), Consiliul constată că acestea au un conținut identic, singura deosebire fiind reprezentată de numărul scrisorilor de garanție bancară și valorile aferente.

Astfel, prin adresele nr. ACH23/1E/1323/26.10.2023 (lot 7) și nr. ACH23/1E/1325/26.10.2023 (lot 8), Comisia de evaluare i-a solicitat ofertantei contestatoarei următoarele clarificări:

„1. Având în vedere Scrisoarea de garanție de participare nr. (...) încheiată cu SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG. în baza prevederilor art. 154 alin (4) lit. b) pct. (i), (ii) sau (iii) din Legea nr. 98 din 19 mai 2016 privind achizițiile publice, vă solicităm:

a. Să clarificați dacă societatea anterior menționată este o instituție de credit bancară sau (...), o instituție financiară nebancară sau o societate de asigurări;

b. Să faceți dovada îndeplinirii articolului precedent, respectiv că societatea anterior menționată este înregistrată, autorizată de către FINMA și supravegheată de către VQP, prin depunerea de documente și/sau alte înscrisuri relevante;

c. Să faceți dovada că SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG are dreptul de a desfășura activități comerciale pe teritoriul României și dovada că este luată în evidența BNR (Banca Națională a României) sau ASF (Autoritatea de supraveghere financiară), după caz.

2. Având în vedere Scrisoarea de garanție de participare nr. (...) încheiată cu SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG prezentată:

Vă solicităm să o retransmiteți astfel încât să respecte cu exactitate formularul A2. În cazul în care societatea anterior menționată este o societate de asigurări, vă solicităm să clarificați prezentarea Garanției de

participare sub formatul Formularului A2, în loc de Formularul A 1 - Asigurare de garanție de participare.

De exemplu, primul paragraf de pe pagina a doua a garanției de participare prezentate, nu coincide cu formularul A2 solicitat de către autoritatea contractantă. («În scopul identificării cererii dvs. de plată și a declarației mai sus menționate, precum și a oricărei alte corespondențe cu privire la prezenta scrisoare de garanție, acestea ne vor fi transmise în original prin intermediul băncii dumneavoastră, care va certifica că semnăturile care apar pe aceste documente angajează legal instituția dumneavoastră»)

3. În situația în care la întrebarea nr. 1 răspunsul dumneavoastră vizează o instituție financiară nebancară, vă solicitam că în cuprinsul Scrisorii de garanție de participare nr. (...) cuvântul «bancă» să fie înlocuit cu sintagma «instituție financiară nebancară».

În situația în care la întrebarea nr. 1 răspunsul dumneavoastră vizează o societate de asigurări, vă solicitam să respectați formatul Formularului A1.

4. Vă solicitam să clarificați contextul în care Beneficiarul către care ați achitat suma astfel cum apare în tranzacția de la Unicredit Bank depusă este Investiera Group AG, Muri b, Bem, având în vedere faptul că instrumentul de garantare și contractul de emitere a instrumentului de garantare sunt încheiate cu SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG”.

... a răspuns prin adresa nr. 556/02.11.2023 (lot 7) și nr. 557/02.11.2023 (lot 8), precizând următoarele:

„ (...) 1. Cu privire la Scrisoarea de garanție de participare nr. (...) încheiată cu SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG:

a. Așa cum reiese din adresa primită de la SAMT (SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG) din data 27.10.2023 (Anexa 1) cu referire la Scrisoarea de garanție de participare nr. SAMT - (...), aceasta este o instituție financiară nebancară înregistrată în Elveția și care, în conformitate cu normele legale din țara unde își are sediul, desfășoară, cu titlu profesional, activități de creditare cu instrumente non-cash, instrumente financiare, fiind astfel autorizată să emită inclusiv instrumente de garantare. Adresa din Anexa 1 trebuie asimilată tuturor loturilor pentru care s-au emis Scrisori de garanție de participare de către SAMT chiar dacă aceasta face referire doar la Lotul 2 DRDP Craiova, conținutul său răspunzând solicitărilor ... și pentru celelalte loturi.

b. În sensul celor prezentate mai sus, anexăm prezentei un print-screen (Anexa 2) a paginii web a FINMA, respectiv pagina de căutare, <https://www.finma.ch/en/authorisation/self-regulatory-organisations-sros/sro-member-search/>, în care este evidențiată înregistrarea SAMT și de unde rezultă

totodată și supravegherea VQF. De asemenea, în Anexa 3 găsiți Autorizarea din partea VQF pentru SAMT.

c. Așa cum este menționat la punctul 3 din adresa emisă de SAMT, această societate nu este societate de asigurări și nici nu intermediază asigurări, motiv pentru care nu trebuie luată în evidență de către Autoritatea de supraveghere Financiară (ASF) nefiind incidente dispozițiile (4) lit. b, pct.(iii) al art. 154 din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

«(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».

În consecință, norma legală prezentată mai sus nu impune autorizarea SAMT de către vreo instituție din România, cum se află în cazul societăților de asigurări iar activitatea SAMT se desfășoară în Confederația Elvețiană și nu pe teritoriul României și nu există o îngrădire a vreunei norme legale de a emite instrumente de garantare către entități din alte țări, inclusiv în România (a se vedea răspunsul SAMT - Anexa 1).

2. Revenind la norma legală aplicabilă, Scrisoarea de garanție de participare nr. SAMT - (...) încheiată cu SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG, este «irevocabilă și necondiționată» și obligă SAMT în mod irevocabil și necondiționat față de ... să plătească suma de (...) , la prima cerere scrisă, pe baza declarației cu privire la culpa persoanei garantate/Ofertantului.

În concluzie, prin raportarea la norma legală învederată de Autoritatea contractantă în cadrul Solicitării de clarificări, cât și la conținutul Scrisorii de garanție SAMT- (...) emisă la data de 23.10.2023, apreciem că acesta din urmă servește într-un tot interesului DRDP (...) cât și pe de altă parte, beneficiarului scrisorii, ..., scrisoarea fiind aptă să producă efectele juridice angajate.

Cu privire la respectarea cu exactitate a formularului A2, însuși Autoritatea contractantă stipulează în Anexa 1 la Documentația de atribuire, la capitolul III.1.6.a Garanție de participare că:

«Formularul A1/A2, pus la dispoziție de către Autoritatea Contractantă este un MODEL, iar eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, nu vor conduce automat la excluderi artificiale».

În consecință, solicitarea Autorității Contractante de a se respecta cu exactitate formularul A2 contravine celor stipulate în Anexa 1 la Documentația de atribuire menționată mai sus.

3. Față de solicitarea de a înlocui, în cadrul Scrisorii de garanție SAMT-(...) emisă la data de 23.10.2023 termenul «bancă» cu instituție financiară nebancară, SAMT precizează în adresa transmisă (a se vedea pct.9 și pct.10 din Anexa 1) că termenul de bancă a fost utilizat doar în cadrul procedurii de identificare a solicitantului de plată.

Pentru a înlătura orice eventuală sincopă cu privire la dreptul beneficiarului de a executa garanția de participare, SAMT înțelege să înlocuiască textul din Scrisoarea de garanție cu: «în scopul identificării cererii dvs. de plata și a declarației mai sus menționate, acestea ne vor fi transmise împreună cu orice document care certifică autenticitatea semnăturilor ce angajează legal instituția dumneavoastră».

4. Referitor la solicitarea de a clarifica contextul în care Beneficiarul a achitat contravaloarea primei de asigurare către Investera Group AG, Muri.b Bern găsiți la pct. 11 pagina 3 din adresa primită de la SAMT precizarea că societatea Investera Group AG este o societate de administrare a activelor, care este mandată ca agent de plată al SAMT, acesta gestionând încasările si/sau plățile SAMT. Atașat, aveți factura (Anexa 4) în care apare menționat Investera Group ca și beneficiar al plăților către SAMT”.

Anexat acestor răspunsuri, ... a prezentat:

1. Adresa datată 27.10.2023 transmisă de SWISS ASSET MANAGEMENT &TRUST AG, ... (Anexa 1) din care rezultă următoarele informații relevante în analiza acestei contestații:

- SAMT este o instituție financiară nebancară înregistrată în Elveția și care, în conformitate cu normele legale din țara unde își are sediul, desfășoară, cu titlu profesional, activități de creditare cu instrumente non-cash, instrumente financiare, fiind astfel autorizată să emită inclusiv instrumente de garantare;

- Instrumentul de garantare emis de SAMT, se încadrează prevederilor alin. (4), lit. b), pct. (ii) al art. 154 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;

- SAMT nu este o societate de asigurări și nici nu intermediază asigurări, motiv pentru care nu poate fi luată în evidență de către Autoritatea de Supraveghere Financiară, nefiind incidente dispozițiile (4), lit. b), pct. (iii) al art. 154 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;

- norma legală [(alin. (4) lit. b), pct. (ii) al art. 154 din Legea nr. 98/2016] nu impune autorizarea SAMT de către vreo instituție din România, cum se întâmplă în cazul societăților de asigurare, conform pct. (iii) din aceleași norme, iar activitatea SAMT se desfășoară în Confederația Elvețiană și nu pe teritoriul României și nu există o îngădire a vreunei norme legale de a emite instrumente de garantare

către entități din alte țări, inclusiv din România. De altfel, o astfel de interdicție nu rezultă nici din legislația din România;

- În Elveția există un sistem relativ asemănător cu cel din România, cu privire la instituțiile financiare, în sensul că pe web-site-ul instituției de reglementare (FINMA - autoritatea independentă de reglementare a piețelor financiare din Elveția) se poate căuta dacă o instituție este sau nu înregistrată, iar autoritatea nu emite documente în acest sens (aceeași situație fiind și în cazul BNR pentru instituțiile financiare din România).

- Textul *„În scopul identificării cererii dvs. de plata și a declarației mai sus menționate, acestea ne vor fi transmise prin intermediul băncii dumneavoastră, care urmează să certifice autenticitatea semnăturilor ce angajează legal instituția dumneavoastră”* din scrisoarea de garanție a fost înlocuit cu textul *„În scopul identificării cererii dvs. de plată și a declarației mai sus menționate, acestea ne vor fi transmise împreună cu orice document care certifică autenticitatea semnăturilor ce angajează legal instituția dumneavoastră”*.

- Societatea Investiera Group AG este o societate de administrare a activelor, care este mandatată ca agent de plată al SAMT, gestionând încasările și/sau plățile sale, confirmând operațiunile financiare ale acesteia și asigurând o evidență clară a acestora, având ca scop final o exercitare mai ușoară de către deținătorii de instrumente de garantare a drepturilor lor financiare, procedura administrativă de plată fiind cea menționată în Scrisoarea de garanție SAMT.

2. print-screen de pe pagina web a FINMA, în care este evidențiată înregistrarea SAMT și de unde rezultă, totodată, și supravegherea VQF (Anexa nr. 2);

3. Adresă VQF care confirmă faptul că SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG este membră a organizației VQF (Anexa nr. 3);

4. Facturi emise de Societatea Investiera Group AG, aferente celor două scrisori de garanție.

După primirea acestor răspunsuri, ... – ... a transmis adresa nr. 2/21101/14.11.2023 Băncii Naționale a României:

„(...) ... - ... în cadrul procedurilor de achiziții publice inițiate sau ca urmare a contractelor de achiziție publică încheiate a primit de la Ofertanți/Executanți ca garanții de participare sau de bună execuție instrumente de garantare de la următoarele instituții financiar nebancale:

(...)

2. SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG, având sediul în Elveția, strada Bahnhofstrasse nr. 21, cod postal CH 6300, Canton Zug având Cod Unic de Identificare (UID): CHE-316.865.674 și FRC-ID nr. 1397497.

La data prezentei, instituțiile financiare nebancare de mai sus nu le regăsim în registrele de pe site-ul B.N.R. că au notificat furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României.

Vă rugăm să ne precizați dacă instituțiile financiare de mai sus pot emite legal aceste instrumentele de garantare pe teritoriul României”.

Banca Națională a României a răspuns prin adresa nr. XIV/5/5012/14.12.2023, precizând următoarele:

„ (...) În legătură cu societatea Swiss Asset Management & Trust A.G. (...) vă comunicăm că aceasta nu se află înscrisă în Registrele/Listele ținute de Banca Națională a României, unde se regăsesc entitățile aflate în aria de responsabilitate a băncii centrale.

Din perspectiva cadrului legal administrat de Banca Națională a României, vă aducem la cunoștință că entitățile din state terțe pot desfășura pe teritoriul României activitatea de emiteri de garanții (n.n. ca formă a activității de creditare) doar după obținerea unei autorizații în acest sens din partea Băncii Naționale a României/ înregistrarea în registrele relevante ținute de banca centrală.

Astfel, potrivit:

- Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, cu modificările și completările ulterioare, instituțiile de credit din state terțe pot desfășura activitate (inclusiv, cea de emiteri de garanții) pe teritoriul României doar prin intermediul unei sucursale autorizate de Banca Națională a României în conformitate cu dispozițiile Capitolului V (Regimul instituțiilor de credit din state terțe) Titlul I, Partea 1, din respectivul act normativ (art. 67-79);

- Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, cu modificările și completările, o entitate economică din afara Uniunii Europene, care nu are o sucursală înregistrată pe teritoriul României, nu poate desfășura activitate de creditare cu titlu profesional pe teritoriul României.

Această activitate poate fi desfășurată, exclusiv, ulterior înscrierii în Registrul general ținut de Banca Națională a României, cu respectarea tuturor cerințelor legale impuse prevăzute în Capitolul II - Secțiunea 1 din Regulamentul BNR nr. 20/2009 privind instituțiile financiare nebancare, cu modificările și completările ulterioare.

(...)

Exprimarea unui punct de vedere de către Banca Națională a României, cu privire la aspecte care privesc (...) 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.

Distinct, cu respectarea strictă a mandatului instituțional acordat Băncii Naționale a României, dorim să 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 cerințe legale aplicabile, de către potențialii beneficiari ai respectivelor instrumente de garantare”.

În cadrul Procesului-verbal intermediar nr. ACH24/INT/105/05.02.2024 privind evaluarea garanțiilor de participare, Comisia de evaluare a respins ofertele depuse de ... în cadrul loturilor 7 și 8, în temeiul dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 35 alin. (1) și 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 deoarece „... nu a constituit garanția de participare în condițiile legii, drept pentru care declară oferta depusă de SC ... ca fiind inacceptabilă în baza prevederilor HG 395/2016 (A) – 137 alin. (1) Comisia de evaluare are obligația de respinge ofertele inacceptabile, neconforme și neadecvate”.

În cadrul Procesului-verbal nr. ACH24/INT/164/15.02.2024 privind evaluarea garanțiilor de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, Comisia de evaluare, a menționat, din nou, faptul că ofertele depuse de contestatoare, în cadrul loturilor 7 și 8 au fost respinse, iar prin Rapoartele de anulare a procedurii nr. 3/3676/01.03.2024 (lot 7) și, respectiv nr. 3/3676/01.03.2024 (lot 8), au anulat, în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, procedura de atribuire aferentă loturilor 7 și 8.

În soluționarea prezentei contestații, Consiliul reține următoarele dispoziții legale:

- Art. 154 din Legea nr. 98/2016:

„(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”.

- HG nr. 395/2016:

• Art. 35:

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

• Art. 36:

„(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(4) Instrumentele de garantare prevăzute la art. 154 alin. (4) lit. b) din Lege se transmit în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv **la prima cerere a beneficiarului**, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) 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 nebanară 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 nebanare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări”.

• Art. 132 alin. (3):

„(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”.

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține următoarele:

- În **Fișa de date a achiziției** se regăsesc următoarele mențiuni relevante în analiza prezentei contestații:

- **punctul III.1.6.a) Garanție de participare:**

„AC solic. const. unei GP în cuant. de: (...) Lot 7 ...: 98.000,00 lei; Lot 8 ...: 50.000,00 lei.

GP poate fi const. și în Euro, în cuant. de: (...) Lot 7 - ...: 19.893,23 euro; Lot 8 ...: 10.149,61 euro, calc. la un curs med. af. de BNR, pt luna martie 2023, de 1 Euro = 4,9263 Lei.

[...] A se vedea Anexa 1 la DA”.

- **punctul IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei:**

„2. CERINȚE OBLIGATORII PRIVIND GARANȚIA DE PARTICIPARE

În vederea participării la procedura de achiziție publică, ofertanții au obligația constituirii și transmiterii garanției de participare.

Pentru fiecare lot în parte, garanțiile de participare vor fi încărcate în SEAP împreună cu ofertele cel mai târziu la data și ora limită stabilite pentru depunerea ofertelor și vor fi semnate, în mod obligatoriu, cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii.

Garanția de participare va fi constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzută în documentația de atribuire, astfel:

- **FIE prin virament bancar** în conturile ... SA deschise la BCR SUCURSALA UNIREA: RO82 RNCB 0082 0080 9408 1283 LEI sau RO55 RNCB 0082 0080 9408 1284 EUR. (...)

- **FIE printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii astfel:**

- i) **scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit bancară din România sau din alt stat;**

- ii) **asigurare de garanții emisă:**

- fie de societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz; sau

- fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară”.

- În Anexa Fișei de date a achiziției, la punctul III.1.6) Depozite valorice și garanții solicitate: III.1.6.a) Garanție de participare, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„Autoritatea Contractantă solicită constituirea unei garanții de participare în quantum de:

(...)

Lot 7 – ... Constanța: 98.000,00 lei;

Lot 8 – ... Buzău: 50.000,00 lei.

Garanția de Participare poate fi constituită și în Euro, în cuantum de:

(...)

Lot 7 – ... Constanța: 19.893,23 euro;

Lot 8 – ... Buzău: 10.149,61 euro, calculat la un curs mediu afișat de BNR, pentru luna martie 2023, de 1 Euro = 4,9263 Lei. Pentru calculul valorii Garanției de Participare, în cazul în care ofertantul dorește să prezinte Garanția de Participare în altă monedă decât euro se va utiliza cursul mediu aferent lunii martie 2023 publicat pe https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/procedures-guidelines-tenders/information-contractors-and-beneficiaries/exchange-rate-inforeuro_ro.

Garanția de participare se constituie prin:

a) virament bancar;

b) instrument de garantare emis în condițiile legii, astfel:

i) scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit bancară din România sau din alt stat;

ii) asigurare de garanție emisă:

- fie de societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară.

(...);

Prin Clarificarea nr. 1, publicată în SEAP, **următorul paragraf din Secțiunea III.1.6.a) Garanție de participare** (atât din cadrul Instrucțiunilor către Ofertanți cât și din cadrul Anexei 1 la Documentația de atribuire), și anume:

„Autoritatea Contractantă solicită constituirea unei garanții de participare în cuantum de:

(...)

Lot 7 - ... Constanța: 98.000,00 lei;

Lot 8 - ... Buzău: 50.000,00 leu

Garanția de Participare poate fi constituită și în Euro, în cuantum de:

(...)

Lot 7 - ... Constanța: 19.893,23 euro;

Lot 8 - ... Buzău: 10.149,61 euro,

calculat la un curs mediu afișat de BNR, pentru luna martie 2023, de 1 Euro = 4,9263 Lei. Pentru calculul valorii Garanției de Participare, în cazul în care ofertantul dorește să prezinte Garanția de Participare în altă monedă decât euro se va utiliza cursul mediu aferent lunii martie

2023 publicat pe <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/procedures-guidelines-tenders/information-contractors-and-beneficiaries/exchange-rate-infoeuro-ro>”, **a fost modificat după cum urmează:**

„III.1.6.a) Garanție de participare:

Autoritatea Contractantă solicită constituirea unei garanții de participare în cuantum de:

(...)

Lot 7-... Constanța: 90.000,00 lei;

Lot 8 -... Buzău: 46.000,00 leu

Garanția de Participare poate fi constituită și în Euro, în cuantum de:

(...)

Lot 7 - ... Constanța: 18.214,20 euro;

Lot 8 - ... Buzău: 9.309,48 euro.

calculat la un curs mediu afișat de BNR, pentru luna iulie 2023, de 1 Euro = 4,9412 Lei. Pentru calculul valorii Garanției de Participare, în cazul în care ofertantul dorește să prezinte Garanția de Participare în altă monedă decât euro se va utiliza cursul mediu aferent lunii iulie 2023 publicat pe <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/procedures-guidelines-tenders/information-contractors-and-beneficiaries/exchange-rate-infoeuro-ro>”.

În Secțiunea „Formulare”, autoritatea contractantă a inclus Formularul A2 – modelul de „Garanție de participare”, în cuprinsul căruia se face referire la faptul că formularul va fi completat de o **instituție de credit bancară** – „prezentul formular va fi completat numai în cazul în care garanția de participare este emisă de către o instituție de credit bancară”.

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține că autoritatea contractantă a menționat în documentele achiziției faptul că garanția de participare „**va fi constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzută în documentația de atribuire, astfel:**

- **FIE prin virament bancar (...)**

- **FIE printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii astfel:**

- i) **scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit bancară din România sau din alt stat;**

- ii) **asigurare de garanții emisă:**

- fie de societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz; sau

- fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară”.

Practic, în documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a prevăzut posibilitatea de constituire a garanției de participare conform

dispozițiilor art. 154 alin. (4) lit. b) punctul ii), prin „**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**”, deși art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, prevedea următoarele:

„(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

Astfel, autoritatea contractantă a menționat în documentația de atribuire posibilitatea constituirii garanției de participare prin virament, iar în ceea ce privește instrumentele de garantare **emise în condițiile legii**, au fost menționate doar: „i) **scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit bancară din România sau din alt stat;**

ii) **asigurare de garanții emisă:**

- fie de societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz; sau

- fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară”, nexistând nicio trimitere în documentația de atribuire referitoare la posibilitatea constituirii garanției de participare prin „**scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat**”.

Deși contestatoarea susține că prevederile documentației de atribuire permit prezentarea unor „**scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat**”, nu a indicat dispoziția documentației de atribuire în acest sens, fiind făcute în schimb nenumărate trimiteri la dispoziția legală în acest sens, respectiv art. 154 alin. (4) lit. b) punctul ii) din Legea nr. 98/2016.

Pe de altă parte, nici autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere nu indică **prevederea din documentația de atribuire** conform căreia ofertanții puteau constitui garanția de participare prin „*scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat*”.

În aceste condiții, în lumina prevederilor documentației de atribuire enunțate anterior, Consiliul apreciază că ofertanții nu aveau deschisă calea constituirii garanția de participare prin scrisoare de garanție emisă de o instituție financiară nebancară, având însă la dispoziție celelalte modalități de constituire a garanției de participare menționate în documentația de atribuire.

Cerințele documentației de atribuire reproduse la pag. 30 -32 ale prezentei decizii referitoare la modul de prezentare a garanției de participare nu au format obiectul vreunei contestații, astfel că, nemodificate fiind, și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale.

În soluționarea prezentei contestații sunt relevante și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 – „*Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională*”;

- art. 154 – „*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*”.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Prin urmare, autoritatea contractantă trebuia, în evaluarea garanțiilor de participare, să se raporteze la prevederile documentației de atribuire și să le aplice cu strictețe. Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor, prezentarea documentelor etc. nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria

documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, și în subsidiar normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul stabilit de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate).

În aceste condiții, conform dispozițiilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care stipulează că *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, în condițiile art. 57 alin. (4) din Lege”*, Consiliul apreciază că până la data limită de depunere a ofertelor, participanții la procedură aveau obligația să prezinte dovada constituirii garanției de participare **prin unul din instrumentele indicate în documentația de atribuire**, obligație căreia contestatoarea nu i s-a conformat prezentând autorității contractante scrisori de garanție de participare emise de SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG, care este o instituție financiară nebancară înregistrată în Elveția.

În consecință, Consiliul constată că este neîntemeiată susținerea contestatoarei referitoare la faptul că oferta sa **„îndeplinește toate cerințele documentației de atribuire și dispozițiile legale privind modalitatea de constituire a garanției de participare”** și apreciază că oferta depusă de ... intră sub incidența dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 care stipulează următoarele:

„Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată”.

Pe de altă parte, Consiliul constată că înlocuirea scrisorii de garanție depusă inițial cu un alt instrument de dovedire a constituirii garanției de participare, conform documentației de atribuire, nu poate reprezenta o condiție de formă a garanției de participare, în sensul art. 132 alin. (3) din HG nr. 394/2016, ci reprezintă *o condiție de fond*, întrucât, în cadrul documentelor încărcate în SEAP de contestatoare se regăsește doar informația privind constituirea garanției de participare prin SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG - instituție financiară nebancară înregistrată în Elveția și nu într-unul din modurile permise de documentația de atribuire, respectiv:

„• FIE prin virament bancar (...)

• FIE printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii astfel:

i) scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit bancară din România sau din alt stat;

ii) asigurare de garanții (...)”.

Contrar susținerilor contestatoarei, sintagma „*în condițiile legii*” nu se referă doar la legislația achizițiilor publice ci la toate prevederile legale în vigoare care se circumscriu sferei naționale de reglementare.

Instituțiile financiare nebancare nu sunt instituții de credit. Cele două categorii de entități, respectiv instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancare, reprezintă două categorii instituționale distincte a căror activitate se desfășoară potrivit unor legislații specifice prin care se reglementează diferit regimul de acces la activitate și de desfășurare a acestora pentru fiecare categorie în parte.

Ordonanța de urgență nr. 99/2006 privind **instituțiile de credit** și adecvarea capitalului stipulează la art. 1 alin. (2) că „*Prezenta ordonanță de urgență se aplică instituțiilor de credit, persoane juridice române, inclusiv sucursalelor din străinătate ale acestora și instituțiilor de credit din alte state membre, respectiv din state terțe, în ceea ce privește activitatea acestora desfășurată în România*”, iar art. 67 din același act normativ prevede că:

„ (1) *Instituțiile de credit având sediul social în state **terțe** pot desfășura activități în România numai dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:*

a) activitatea se desfășoară prin înființarea unei sucursale, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 45 alin. (2);

b) sucursala este autorizată de Banca Națională a României;

c) autoritatea competentă din statul de origine nu se opune înființării sucursalei în România;

d) sunt respectate dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență, ale Regulamentului (UE) nr. 575/2013 și ale reglementărilor emise în aplicarea acestora.

(2) Activitățile ce pot fi desfășurate prin intermediul sucursalei din România sunt prevăzute în autorizația acordată de Banca Națională a României, cu respectarea dispozițiilor Secțiunii 1 a Capitolului II din prezentul Titlul și nu pot excede obiectului de activitate al instituției de credit, autorizat de autoritatea competentă din statul terț de origine.

(3) Activitatea sucursalei din România este supusă supravegherii prudențiale a Băncii Naționale a României, în condițiile prevăzute în Capitolul IV din Titlul III, Partea I”.

Pe de altă parte, Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare

reglementează condițiile minime de acces la activitatea de creditare și desfășurarea acestora pe teritoriul României, prin instituțiile financiare

nebankare, în scopul asigurării și al menținerii stabilității financiare, prevederile legii aplicându-se în mod corespunzător și sucursalelor din România ale instituțiilor financiare având sediul în străinătate.

Art. 14 din Legea nr. 93/2009 prevede că „(1) *Instituțiile financiare nebankare pot desfășura următoarele activități de creditare: a) acordare de credite, incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare; b) leasing financiar; c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare; d) acordare de credite cu primire de bunuri în gaj, respectiv amanetare prin case de amanet; e) acordare de credite către membrii asociațiilor fără scop patrimonial organizate pe baza liberului consimțământ al salariaților/pensionarilor, în vederea sprijinirii prin împrumuturi financiare a membrilor lor de către aceste entități, organizate sub forma juridică a caselor de ajutor reciproc; f) alte forme de finanțare de natura creditului*”, iar **art. 73 alin. (1) și (2) din același act normativ prevede că: „ (1) Banca Națională a României va elabora reglementări în aplicarea prezentei legi, în termen de 90 de zile de la data intrării în vigoare a acesteia, care vor fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I. Reglementările emise de Banca Națională a României în baza Ordonanței Guvernului nr. 28/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 266/2006, se aplică în continuare, până la abrogarea lor expresă. (2) În scopul unei aplicări unitare a dispozițiilor prezentei legi și a reglementărilor emise în baza acesteia, Banca Națională a României poate emite instrucțiuni și precizări, care se publică pe pagina proprie de internet a Băncii Naționale a României**”.

În speță, membrii Comisiei de evaluare au avut un rol activ, au solicitat **Băncii Naționale a României** clarificări în legătură cu scrisorile de garanție bancară emise de o SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG - instituție financiară nebankară înregistrată în Elveția, entitate economică din afara Uniunii Europene, edificatoare fiind următoarele paragrafe din adresa Băncii Naționale a României:

„- Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebankare, cu modificările și completările, o entitate economică din afara Uniunii Europene, care nu are o sucursală înregistrată pe teritoriul României, nu poate desfășura activitate de creditare cu titlu profesional pe teritoriul României.

Această activitate poate fi desfășurată, exclusiv, ulterior înscrierii în Registrul general ținut de Banca Națională a României, cu respectarea tuturor cerințelor legale impuse prevăzute în **Capitolul II - Secțiunea 1 din Regulamentul BNR nr. 20/2009 privind instituțiile financiare nebankare**, cu modificările și completările ulterioare”.

În consecință, Consiliul apreciază că dat fiind dispozițiile documentației de atribuire, în prezenta procedură ... nu poate fi obligată

să accepte scrisorile de garanție de participare prezentate de contestatoare, oferta acesteia intrând sub incidența dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 care stipulează următoarele:

„Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată”.

Așa cum Consiliul a arătat anterior, ofertanții, în prezenta procedură, nu aveau deschisă calea constituirii garanției de participare prin scrisoare de garanție emisă de o instituție financiară nebancară, motiv pentru care depunerea celor două garanții de participare emise de SWISS ASSET MANAGEMENT & TRUST AG - instituție financiară nebancară înregistrată în Elveția - echivalează cu neconstituirea garanției de participare câtă vreme modalitatea de constituire aleasă excedează prevederilor documentației de atribuire.

Față de cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ...

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze, Consiliul o va respinge deoarece în speță nu sunt incidente dispozițiile art. 453 C.proc.civ. care stipulează următoarele: *„Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată”.*

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., cu sediul în orașul ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă.

Respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată în sumă de 26.958,82 lei, pentru considerentele expuse în motivarea deciziei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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,
...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 38 de pagini