



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 2044/C5/2030

Data: 01.09.2023

Prin contestația nr. 512/20.07.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39896/21.07.2023, formulată de *[redacted]* (cu sediul în *[redacted]*), Bydgoszcz, str. Zygmunta Augusta nr. 11, cod poștal 85-082, număr de înmatriculare în registrul societăților *[redacted]*, reprezentată legal de către dl. *[redacted]* (președinte CA) și dl. *[redacted]* (Vicepreședinte al Consiliului de Administrație) și convențional prin SCA Schoenherr și Asociații, cu sediul în București, b-dul Dacia, nr. 30, etaj 7, sector 1, sediul ales și pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva procesului-verbal de evaluare a ofertelor nr. 89214/10.07.2023 prin care au fost evaluate garanțiile de participare, comunicat prin intermediul SEAP, la data de 10.07.2023, de către MUNICIPIUL IAȘI, cu sediul în Iași, str. Ștefan cel Mare și Sfânt nr. 11, județul Iași, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Furnizare 18 tramvaie aferente proiectului «Achiziție de mijloace de transport public - tramvaie 22 m la nivelul Municipiului Iași»”, anunț de participare nr. CN1055429/20.05.2023, s-au solicitat Consiliului următoarele:

(i) anularea parțială a procesului-verbal în ceea ce privește declararea garanției de participare depuse de *[redacted]*

[redacted]) drept valabilă și legală, cu consecința declarării ofertei *[redacted]* admisibilă/acceptabilă și anularea oricăror alte acte juridice subsecvente emise de autoritatea contractantă în acest sens;

(ii) obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei înaintate de Bozankaya din perspectiva admisibilității/acceptabilității acesteia, cu reținerea faptului că garanția de participare depusă de *[redacted]* nu este valabilă și este lovită de nulitate absolută, atrăgând astfel necesitatea respingerii ofertei acestui ofertant de la procedură.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la CNSC cu nr. 41821/01.08.2023, [REDACTAT] a depus cererea de intervenție în sediul în [REDACTAT] a, înmatriculată în Sistemul central al Registrului Comerțului sub nr. [REDACTAT], cod de înregistrare fiscală nr. [REDACTAT], reprezentată de [REDACTAT] și sediu ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în municipiul București, b-dul Ferdinand I nr. 58, sc. A, et. 4, ap. 19, sector 2, în calitate de participant la procedura de achiziție pentru atribuirea contractului „Furnizare 18 tramvaie aferente proiectului «Achiziție de mijloace de transport public - tramvaie 22 m la nivelul Municipiului Iași»”, anunț de participare nr. CN1055429 din data de 20.05.2023, a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de [REDACTAT] ȘTYNOMI [REDACTAT] în temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună.

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 [REDACTAT] SA critică rezultatul procedurii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

I. Petenta menționează că a participat, în calitate de ofertant la procedura de atribuire susmenționată, sens în care a depus ofertă semnată cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, respectând termenul limită de depunere a ofertelor.

Precizează că, în procesul-verbal atacat, comisia de evaluare numită în cadrul procedurii a consemnat fișierele prezentate de către fiecare ofertant. Aceasta a verificat îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, prin verificarea informațiilor preliminare prezentate de candidați în DUAE și în documentele ce îl însoțeau, identificate în solicitările de participare prezentate în raport, cu condițiile de participare și cerințele minime asociate din anunțul de participare și documentația de atribuire.

Arată că, în urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, autoritatea contractantă a stabilit că [REDACTAT] SA a îndeplinit condițiile de participare și oferta transmisă sa a fost declarată admisibilă.

De asemenea, menționează că, tot în cuprinsul procesului-verbal, comisia de evaluare a procedat la evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care-l însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, statuând că atât [REDACTAT] SA, cât și celălalt ofertant, anume [REDACTAT] SA, au înaintat oferte admisibile/acceptabile, precum și că nu există „nu este cazul” respingerii celor două oferte pentru

o eventuală lipsa/neconformitate a garanțiilor de participare prezentate de cei doi ofertanți.

Pentru claritate, subliniază că, tot în cadrul procesului-verbal, comisia de evaluare a concluzionat că oferta

este acceptabilă/admisibilă, fără a transmite, în termenul legal, o solicitare de clarificări acestui ofertant privind îndeplinirea condițiilor de fond și formă aferente elaborării și prezentării ofertei, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției.

Susține că emitentul scrisorii de garanție depuse de nu are capacitatea de a presta servicii în mod direct în România, respectiv nu are capacitatea de a emite instrumente de garantare în România, întrucât nu a urmat procedura de notificare obligatorie impusă de art. 45 din OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.

Învederează faptul că, în sensul celor de mai sus, art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 prevede că se vor solicita ofertanților clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de fond și formă 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.

Precizează că, în privința acestui aspect, având în vedere necesitatea constituirii unei garanții de participare eficiente, autoritatea contractantă nu a făcut niciun demers pentru a clarifica valabilitatea garanției de participare constituite de

scrisoarea de Garanție Bancară nr. 8799023893/21.06.2023, emisă de Kent Bank DD, în data de 12.05.2023, respectiv pentru a stabili îndeplinirea condițiilor de fond și formă ale garanției de participare propusă de acest ofertant, cu nesocotirea astfel a prevederilor art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 și ale O.U.G. nr. 99/2006.

II. În ceea ce privește contextul formulării contestației, autoarea acesteia apreciază că autoritatea contractantă a declarat în mod nelegal oferta înaintată de fiind acceptabilă/admisibilă, prin concluziile ce se regăsesc în cadrul procesului-verbal, concluzii ce rețin de o manieră nelegală că nu există motive pentru respingerea ofertei operatorului și inacceptabilă/inadmisibilă - aspect ce reiese din faptul că autoritatea contractantă a menționat, în cadrul procesului-verbal că „nu este cazul” pentru respingerea ofertei ca urmare a lipsei/neconformității garanției de participare (mențiune ce se regăsește la pagina 8/8 în cadrul procesului-verbal).

Susține că achizitoarea era obligată să respingă oferta depusă de A.Ș., ca inacceptabilă/inadmisibilă, ca urmare a faptului că garanția de participare prezentată de aceasta nu îndeplinește condițiile legale pentru a fi considerată valabil constituită, atrăgând astfel necesitatea respingerii ofertei, în temeiul art. 137 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, care prevede că „în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă (...) în cazul în care

unei oferte îi lipsește una din cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016".

Învederează faptul că art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016 definește oferta ca fiind actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire.

Contestatoarea afirmă că, din moment ce

constituit garanția de participare în acord cu prevederile imperative aplicabile acestui tip de instrument de garantare, respectiv nici în acord cu exigențele documentației de atribuire, acestea îi este aplicabilă sancțiunea declarării ofertei sale ca fiind inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă fiind astfel obligată să-i respingă ca inacceptabilă, aspect ce în mod legal ar fi trebuit consemnat și reținut ca atare în cadrul procesului-verbal de vizualizare a ofertelor.

În opinia petentei, faptul că, în cuprinsul actului atacat, autoritatea contractantă a concluzionat „neîntemeiat” că nu există motive pentru respingerea ofertei ca inacceptabilă/inadmisibilă, nesocotind astfel prevederile Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016, conduce la nelegala continuare a evaluării ofertei Bozankaya în cadrul prezentei proceduri (evaluarea nelegală ulterioară a propunerii sale tehnice/financiare/etc.), oferta

fiind a fi respinsă a priori ca inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. hh) din H.G. nr. 395/2016, aspect ce ar fi determinat, în ipoteza aplicării corecte a dispozițiilor anterior menționate, declararea ofertei ca fiind singura ofertă admisibilă, în urma desfășurării ședinței de vizualizare a ofertelor organizată de autoritatea contractantă.

III. Petenta susține că justifică un interes legitim, actual și direct pentru formularea contestației, iar interesul său a fost lezat prin declararea de către comisia de evaluare a ofertei

ca fiind acceptabilă/admisibilă în cadrul actului atacat, deși această ofertă este în principal inacceptabilă, din pricina curenților de fond și formă ce afectează garanția de participare constituită de către operatorul economic, și anume lipsa capacității emitentului de a presta servicii în mod direct în România, respectiv lipsa capacității emitentului de a emite instrumente de garantare în România, în lipsa efectuării procedurii de notificare obligatorie impusă de art. 45 din O.U.G nr. 99/2006.

Astfel, contestatoarea apreciază că, în virtutea acestei concluzii nelegale a autorității contractante, astfel cum aceasta a fost reținută în cadrul procesului-verbal și i-a fost comunicată tot în data de 10.07.2023, societatea sa suferă un prejudiciu actual, ca urmare a faptului că la o procedură cu doi ofertanți, prin nelegala considerare a ofertei

drept acceptabilă/admisibilă - evaluarea ofertelor va continua cu privire la ambele oferte, chiar dacă oferta contestată este inacceptabilă încă din momentul vizualizării ofertelor, respectiv cel mai târziu ulterior

primirii răspunsului acesteia la eventuala solicitare de clarificări transmisă de autoritatea contractantă în temeiul art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

În acest sens, redă dispozițiile art. 2 alin. (1) și ale art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/1016.

Petenta afirmă că, în calitate de ofertant la prezenta procedură, justifică interesul pentru formularea contestației prin prisma faptului că a participat cu ofertă la procedură și a îndeplinit toate condițiile impuse, atât de autoritatea contractantă, cât și de legislația aplicabilă domeniului achizițiilor publice pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

În ceea ce privește vătămarea apreciază că aceasta este evidentă, de vreme ce oferta sa fost declarată acceptabilă și admisibilă, pe când și oferta transmisă de [redacted] eși nefiind legal în măsură a fi declarată admisibilă/acceptabilă din pricina curenților ce afectează garanția de participare constituită de aceasta, a fost considerată de asemenea admisibilă și acceptabilă (de o manieră manifest nelegală), deși aceasta în mod necesar trebuia să fie în principal respinsă ca inacceptabilă.

În considerarea aspectelor mai sus menționate, contestatoarea solicită Consiliului să observe că autoritatea contractantă a încălcat prevederile imperative ale legislației privind achizițiile publice, aspect de natură a contura existența neîndoielnică a unui act vătămător pentru societatea sa, corelativ unui prejudiciu manifest suferit de aceasta din urmă.

IV. Nulitatea absolută a garanției de participare depusă de

O [redacted] în cadrul procedurii.

Autoarea contestației menționează că, potrivit consemnărilor de la pag. 4 din procesul-verbal, garanția de participare depusă de ofertantul [redacted]. În cadrul procedurii a fost emisă de Kent Bank DD, având nr. 8799023893/21.06.2023.

Menționează că, potrivit informațiilor publice, Kent Bank DD este o instituție de credit dintr-un stat membru al UE, și anume Croația, însă, cu toate acestea, Kent Bank DD nu este autorizată și nu are capacitatea de a presta în mod legal servicii de creditare sub forma emiterii unor scrisori de garanție bancară pe teritoriul României, întrucât nu a urmat procedura obligatorie de notificare reglementată de art. 45 din O.U.G. nr. 99/2006, astfel că actele și operațiunile desfășurate de Kent Bank pe teritoriul României sunt lovite de nulitate absolută.

Redând dispozițiile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin: 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; [...]”, contestatoarea apreciază că se impune ca orice instrument de garantare emis de o instituție de credit din alt stat membru să fie emis în condițiile legii, în speță, în condițiile legislației imperative și obligatorii care guvernează activitatea instituțiilor de credit la nivel european și național.

Făcând trimitere la dispozițiile art. 33 și art. 39 din Titlul V „Dispoziții privind libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii” al Directivei 2013/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 iunie 2013 cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit și de supraveghere prudencială a Instituțiilor de credit („Directiva 2013/36/UE”) care stabilește la nivel european condițiile pentru autorizarea instituțiilor de credit și prestarea de către acestea a serviciilor de creditare, petenta subliniază faptul că, astfel se consacră obligația instituțiilor de credit din statele membre ale UE, în prealabil prestării de servicii în mod direct într-un alt stat membru, de a urma procedura de notificare a autorității de supraveghere și reglementare din acel stat membru și înscrierea în registrul relevant al acestei autorități.

Menționând că această obligație de notificare a fost transpusă și în legislația națională, arată că potrivit O.U.G. nr. 99/2016 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului (care transpune Directiva 2013/36/UE), Capitolul IV „Regimul instituțiilor de credit și al instituțiilor financiare din alte state membre”, Secțiunea 1 „*Instituțiile de credit din alte state membre*”, art. 45 (1) *”Instituțiile de credit autorizate și supravegheate de autoritatea competentă dintr-un alt stat membru pot desfășura în România activitățile prevăzute la art. 18 alin. (1) Ut. a) -n)l , prin înființarea de sucursale sau prin prestarea de servicii în mod direct, dacă activitățile respective se regăsesc în autorizația acordată de autoritatea competentă din statul membru de origine și se asigură respectarea legislației românești adoptate în scopul protejării interesului general”*, coroborat cu art. 49: *„Furnizarea de servicii în mod direct de către o instituție de credit autorizată și supravegheată într-un alt stat membru poate fi realizată pe baza notificării transmise Băncii Naționale a României de către autoritatea competentă din statul membru de origine, cuprinzând activitățile pe care instituția de credit intenționează să le desfășoare în România”*.

Învederează faptul că procesul de notificare presupune o colaborare și analiză între autoritatea competentă din statul membru de origine și cea din statul membru în care se vor presta serviciile în mod direct. Acest proces este reglementat de Regulamentul delegat UE nr. 1151/2014 al Comisiei din 4 iunie 2014 de completare a Directivei 2013/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește standardele tehnice de reglementare privind informațiile care trebuie notificate în exercitarea dreptului de stabilire și a libertății de a presta servicii, care stabilește, cu titlu imperativ, obligația instituțiilor de credit de a notifica autoritatea competentă din statul membru de origine cu privire la intenția de a presta servicii în mod direct și transmiterea acesteia către autoritatea din statul membru în care se vor presta serviciile în mod direct pentru înregistrare în registrul relevant, în lipsa acestor formalități, prestarea serviciilor în mod direct nu se poate realiza în mod legal și valabil.

Astfel, conchide petenta, reprezintă o cerință obligatorie pentru prestarea de către o instituție de credit din alt stat membru a serviciilor sale în România, în mod direct, notificarea Băncii Naționale a României („BNR”) și înregistrarea în registrul ținut de BNR în acest scop.

Autorizarea emisă de autoritatea de supraveghere din statul membru în care instituția de credit este organizată nu este suficientă pentru prestarea în mod legal a serviciilor într-un alt stat membru, astfel cum rezultă din prevederile mai sus citate.

Redând dispozițiile art. 207 din Cod civil potrivit cărora: „(1) în cazul activităților care trebuie autorizate de organele competente, dreptul de a desfășura asemenea activități se naște numai din momentul obținerii autorizației respective, dacă prin lege nu se prevede altfel. (2) Actele și operațiunile săvârșite fără autorizațiile prevăzute de lege sunt lovite de nulitate absolută, iar persoanele care le-au făcut răspund nelimitat și solidar pentru toate prejudiciile cauzate, independent de aplicarea altor sancțiuni prevăzute de lege”, contestatoarea subliniază faptul că în Codul Civil se stabilește o incapacitate specială de folosință a persoanei juridice, în situația în care prin legi speciale sunt reglementate activități ce pot fi desfășurate exclusiv în condiții restrictive (cu autorizări/înregistrări prealabile din partea autorităților de supraveghere și control). În măsura în care aceste activități sunt desfășurate de persoane juridice care nu îndeplinesc aceste condiții, legea stabilește sancțiunea nulității absolute a actelor respective.

Astfel, concluzionează autoarea contestației:

(i) O garanție de participare emisă de către o instituție de credit dintr-un stat membru este valabilă doar dacă este emisă în condițiile legii;

(ii) O.U.G. nr. 99/2016 stabilește, cu titlu de obligație imperativă, că furnizarea de servicii (inclusiv emiterea de garanții de participare) în mod direct, de către o instituție de credit dintr-un alt stat membru, poate fi realizată exclusiv pe baza unui proces de autorizare (lato sensu) care presupune o notificare transmisă BNR conform art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006 și înregistrarea acelei instituții de credit în registrul BNR cu privire la: Instituții din alte State Membre UE pentru care autoritățile competente au notificat BNR furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României;

(iii) Lipsa notificării de către o instituție de credit a prestării serviciilor în mod direct în România, atrage lipsa capacității de folosință a instituției de credit din alt stat membru de a desfășura activități în România, și, pe cale de consecință, nulitatea absolută a garanției de participare.

Precizează că, astfel cum a arătat mai sus, Kent Bank DD, emitentul garanției de participare depusă de Bozankaya Otomotiv Mak. Iml. Ith. ve Ihr. A.Ş. în cadrul procedurii nu poate presta în mod legal și valabil aceste servicii în România, iar scrisorile de garanție emise de Kent Bank DD în România sunt lovite de nulitate absolută, în lipsa notificării în acest sens transmise BNR și în lipsa înregistrării acestei instituții de credit în registrele BNR.

În același sens, învederează următoarele aspecte privind Kent Bank DD:

(i) nu se regăsește pe Lista instituțiilor de credit care au notificat BNR furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României (disponibilă aici: <https://www.bnr.ro/Reqistre-si-Liste-717-M0bile.aspx#An>;

(ii) nu se regăsește în registrul BNR, Secțiunea II – „Sucursale ale instituțiilor de credit din alte state membre”.

Prin urmare, susține petenta, Kent Bank DD se află în incapacitate de a presta servicii de emitere de garanții de participare în România, întrucât (i) nu are o sucursală în România înființată în mod valabil și (ii) nu a notificat prestarea de servicii în mod direct către BNR, prin autoritatea de supraveghere din Croația, nefiind înregistrată în registrele ținute de BNR în acest scop, conform art. 45 din O.U.G. nr. 99/2016.

Apreciază că, în lipsa îndeplinirii acestor condiții imperative de autorizare, orice garanții de participare emise de Kent Bank DD în România, guvernate de legea română și emise pentru a garanta participarea la proceduri de atribuire din România, sunt lovite de nulitate absolută și nu pot fi acceptate în cadrul Procedurii.

Conchide că autoritatea contractantă a realizat o analiză superficială a garanției de participare prezentată de Bozankaya, concluzionând, în procesul-verbal, că nu există neconformități ale garanției de participare. Aceasta era obligată să verifice conformitatea garanției de participare și îndeplinirea cerințelor legale pentru a se asigura că garanția depusă de Bozankaya este valabilă și emisă în condițiile legii.

Menționând că, în acest sens, Agenția Națională pentru Achiziții Publice („ANAP”), a emis Notificarea din 05.08.2022 cu privire la societățile de asigurare și instituțiile de credit, prin care ANAP precizează obligația autorităților contractante de a verifica capacitatea instituțiilor de credit din alte state membre UE: *„în ceea ce privește scrisorile de garanție bancară emise sub sigla unor entități cu sediul în alte state membre UE și/sau alte state terțe, Banca Națională a României, în calitate de autoritate de supraveghere prudențială a instituțiilor de credit din România, recomandă ca autoritățile/entitățile contractante să consulte toate bazele de date disponibile, în vederea identificării capacității financiare reale a emitenților scrisorilor de garanție sus-menționate”*, contestatoarea reiterează faptul că o astfel de evaluare nu a fost realizată de autoritatea contractantă, atât din perspectiva emiterii garanției de participare în condițiile legii, cât și din perspectiva capacității financiare reale a Kent Bank DD de a emite garanția de participare. În urma unei evaluări detaliate și consultarea registrelor BNR, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate lipsa capacității Kent Bank DD de a emite instrumente de garantare în România.

Raportat la toate motivele expuse mai sus, autoarea contestației consideră că, având în vedere că garanția de bună participare prezentată de Bozankaya în cadrul procedurii este emisă de o instituție de credit care nu are capacitatea de a presta servicii în România, fiind astfel lovită de nulitate absolută, se impune respingerea ofertei acesteia ca inacceptabilă (în lipsa unei garanții de participare valabile).

De asemenea, învederând faptul că BNR este autoritatea de reglementare și supraveghere în materia instituțiilor de credit, solicită emiterea unei adrese către BNR prin care să fie solicitate note de relații de tip consiliere metodologică privind prezenta problematica privind condițiile obligatorii pentru prestarea de către o instituție de credit din alt stat membru a serviciilor sale pe teritoriul României.

Având în vedere calificarea dată Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, respectiv că

acesta reprezintă o „instanță națională” în sensul articolului 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) - paragraf 37 -58 din Hotărârea Curții din data de 26.01.2023 în cauza C-403/21,

ca fiind solicitată Consiliului, în virtutea rolului activ al instanței și în scopul aflării adevărului, având în vedere că acesta a fost învestit cu o situație de fapt/problematică juridică complexă, să solicite BNR note de relații de tip consiliere metodologică privind prezenta problematica cu privire la posibilitatea unei instituții de credit autorizată într-un alt stat membru și care nu a notificat prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României conform art. 45 din O.U.G. nr. 99/2006, de a emite instrumentele de tipul garanțiilor de participare guvernate de legea română în România.

Pentru toate aceste considerente, petenta solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept, au fost invocate dispozițiile legale invocate în cuprinsul contestației, precum și pe orice alte prevederile legale relevante, inclusiv pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 101/2016 și orice alte prevederi legale incidente în cauză.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 97438/28.07.2023, înregistrat la CNSC cu nr. 41310/28.07.2023, MUNICIPIUL IAȘI a solicitat Consiliului să dispună respingerea contestației formulată de

ca fiind nefondată și netemeinică, și continuarea procedurii de atribuire.

În prealabil, „pentru a fi înțeles contextul în care s-au derulat evenimentele care au condus la luarea deciziei de anulare”, autoritatea contractanta precizează că a inițiat procedura de achiziție publică prin licitație deschisă având ca obiect „Achiziție de mijloace de transport public - tramvaie 22 m la nivelul Municipiului Iași”, finanțată prin Componenta CIO - Fondul Local din cadrul Planului Național de Redresare și Reziliență (PNRR), în acest sens publicând anunțul de participare: CN CN1055429/20.05.2023, având termen de depunere a ofertelor 30.06.2023.

Procesului - verbal de vizualizare oferte a fost contestat de operatorul economic

Răspunzând punctual criticilor contestatoarei, autoritatea contractantă arată următoarele:

I. Cu privire la prima critică a petentei potrivit căreia „emitentul scrisorii de garanție depuse de [] are capacitatea de a presta servicii în mod direct în România, respectiv nu are capacitatea de a emite instrumente de garantare în România, întrucât nu a urmat procedura de notificare obligatorie impusă de art. 45 din OUG 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului”, achizitoarea precizează că, dispozițiile art. 36 din H.G. nr. 325/2016 reglementează condițiile de formă pentru constituirea garanțiilor de participare la procedurile de atribuire, una din aceste modalități fiind prezentarea unui instrument de garantare, emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări.

Astfel, arată că, în situația de față, instrumentul de garantare prezentat de ofertantul E

a fost scrisoarea de garanție emisă de KENT BANK DD, ofertantul îndeplinind astfel condițiile de formă prevăzute de lege datorită calității emitentului instrumentului de garantare, fiind o societate bancară.

În opinia sa, întrucât condițiile de formă pentru constituirea garanțiilor de participare la procedurile de achiziții publice sunt expres și limitative de legiuitor, nu poate fi acceptată interpretarea dată de contestatoare.

Menționează că, potrivit art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016:

„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 nebankare 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”

De asemenea, contestatoarea subliniază faptul că dispozițiile art. 154 alin. (4) lit. (i) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice stipulează într-un mod clar și neechivoc că garanția de execuție se constituie și prin scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat, astfel încât „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” (unde legea/norma juridică nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă).

Mai arată că, în temeiul principiului liberei prestații de servicii, inclusiv și a celor financiare, consacrat de art. 56 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (TFUE) care stipulează că „în conformitate cu dispozițiile ce urmează, sunt interzise restricțiile privind libera prestare a serviciilor în cadrul Uniunii cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat membru decât cel al beneficiarului serviciilor”, nu se poate limita accesul altor bănci din UE de a presta, în mod direct, servicii financiare.

Totodată, susține achizițtoarea, la art. 45 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, prin raportare la art. 46 alin. (1), se prevede că „pentru înființarea unei sucursale de către o instituție de

credit dintr-un stat membru nu este necesară obținerea unei autorizații din partea Băncii Naționale a României (...)”.

Raportat la cele prezentate, autoritatea contractantă apreciază că membrii comisiei de evaluare și-au îndeplinit obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție și anume nediscriminarea și tratamentul egal al fiecărui ofertant.

De asemenea, arată că, având în vedere Notificarea ANAP cu privire la societățile de asigurare și instituțiile de credit „*în ceea ce privește scrisorile de garanție bancară emise sub sigla unor entități cu sediul în alte state membre UE și/sau alte state terțe, Banca Națională a României, în calitate de autoritate de supraveghere prudentială a instituțiilor de credit din România, recomandă ca autoritățile/entitățile contractante să consulte toate bazele de date disponibile, în vederea identificării capacității financiare reale a emitenților scrisorilor de garanție susmenționate*”, a verificat informațiile existente pe site-ul băncii (<https://www.kentbankhr/2407/overview>, precum și <https://www.kentbank.hr/2263/branches>) din care reiese sediul, capitalul social, sucursale etc.

Pentru toate aceste considerente, achizițoarea solicită consiliului să constate caracterul profund netemeinic al contestației formulată de P. urmând ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună în consecință.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016 ale Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, o parte din documentele dosarului achiziției publice.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la CNSC cu nr. 41821/01.08.2023,

_____ a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de _____. CA ca neîntemeiată, pentru considerentele dezvoltate în cuprinsul cererii.

Intervenienta precizează că a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, în conformitate cu cerințele documentației de atribuire și clarificările ulterioare, oferta fiind semnată cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii acreditat.

Menționează că, în conformitate cu Declarația de participare publicată în data de 07.07.2023, în cadrul procedurii de atribuire au depus ofertă doar doi operatori economici, în calitate de ofertanți unici: _____ SA și societatea sa _____ SA.

Mai arată că, în data de 10.07.2023, autoritatea contractantă a publicat în SEAP procesul-verbal de vizualizare a ofertelor, în care au fost consemnate toate documentele depuse online în SEAP până la data și ora-limită, de către fiecare ofertant unic. În cadrul ședinței de

deschidere/vizualizare a ofertelor nu au fost respinse oferte. Ședința comisiei de evaluare s-a încheiat cu consemnarea aspectelor menționate mai sus, urmând ca membrii comisiei de evaluare să analizeze în detaliu ofertele în cadrul unor ședințe ulterioare.

Intervenienta precizează că, în data de 21.07.2023, autoritatea contractantă a publicat în SEAP o contestație în conținutul căreia au fost cenzurate numele și datele de identificare ale operatorului economic care a formulat contestația, dar, având în vedere conținutul criticilor și numărul ofertanților, a constatat faptul că contestația a fost formulată de PC SA.

Afirmă că, prin contestația formulată, operatorul economic a solicitat, în mod neîntemeiat, respingerea ofertei ca înacceptabilă și excluderea acesteia din procedură, invocând următoarele motive:

(i) neîndeplinirea condițiilor de participare prin neconstituirea unei garanții de participare valabile în condițiile legii (Legea nr. 98/2016);

(ii) nu a constituit garanția de participare în acord cu prevederile imperative aplicabile acestui tip de instrument de garantare, respectiv nici în acord cu exigențele documentației de atribuire;

(iii) Scrisoarea de garanție bancară este emisă de o entitate fără „capacitatea de a emite instrumente de garantare în România, în lipsa efectuării procedurii de notificare obligatorie impusă de art. 45 din OUG 99/2006”;

(iv) Garanția de participare nu este valabilă și este lovită de nulitate absolută, deoarece instituția de credit dintr-un stat membru UE „nu este autorizată și nu are capacitatea de a presta în mod legal servicii de creditare sub forma emiterii unei scrisori de garanție bancară pe teritoriul României, întrucât nu a urmat procedura obligatorie de notificare reglementată de art. 45 din OUG 99/2006”;

În opinia intervenientei, contestația conține critici fără valoare probantă bazate pe prezumții false și interpretări abuzive ale legislației, în contradictoriu cu opinia ANAP, autoritatea competentă cu funcție de reglementare, prin care se asigură elaborarea, promovarea și implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice și cu Precizările Băncii Naționale a României, autoritatea competentă cu privire la reglementarea, autorizarea și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit, petenta preluând informații în mod trunchiat și pentru care nu prezintă probe concrete în justificarea sau coroborarea acestora.

Prin urmare, apreciază că se impune a fi respinsă contestația formulată de netemeinică și nelegală, pentru următoarele motive:

I. Admisibilitatea cererii de intervenție:

Invocând și redând dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 61 din Codul de procedură civilă,

susține că justifică un interes legitim și actual în participarea la procesul de soluționare a contestației, având în vedere că oferta sa este una dintre cele două oferte depuse în cadrul procedurii aflată

prestării serviciilor conform Precizărilor Băncii Naționale a României din 25.05.2007.

În opinia sa, prin contestația formulată împotriva procesului-verbal de deschidere/vizualizare a ofertelor depuse înregistrat la emitent sub nr. 89214/10.07.2023 publicat în SEAP de autoritatea contractantă, petenta *„emite simple supoziții care nu sunt probate în mod concret, fiind susținute doar prin interpretări proprii ale textelor de legislație specială, folosind o interpretare diferită a legii achizițiilor publice față de cea pe care a conferit-o legiuitorul și ANAP, autoritatea competentă de reglementare și monitorizare a achizițiilor publice din România”*.

Subliniază faptul că, potrivit art. 10 alin. (1) lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016, revine contestatoarei obligația de a arăta mijloacele de probă pe care se bazează susținerile acesteia, iar dispozițiile art. 68 din același act normativ coroborate cu art. 249 C. proc. civ. impun în sarcina celui care formulează contestația să dovedească susținerile din cadrul acesteia. În aplicarea acestor dispoziții legale, în mod constant, jurisprudența a statuat în sensul în care simplele presupuneri și interpretări proprii ale textelor de lege nu reprezintă o motivare validă a contestației, acest fapt fiind elocvent motivat chiar de către CNSC: *„simplele presupuneri nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia acuzelor rămase la nivel declarativ (...) în contestație figurează doar motive de ordin ipotetic; simple presupuneri, fără legătura cu actele depuse de cei doi ofertanți și cu evaluarea realizată de autoritatea contractantă”*; *„Referitor la susținerile contestatoarei (...) Consiliul constata că acestea nu pot fi analizate, deoarece au un caracter general, nicăieri în cuprinsul contestației nefăcându-se referire la motivele concrete de nelegalitate ale acestei oferte”*.

În opinia sa, criticile privind consemnarea în procesul-verbal de vizualizare a ofertelor a faptului că *„nu există/nu este cazul respingerii nici uneia dintre cele două oferte”*, respectiv nerespingerea ofertei

în cadrul ședinței de vizualizare a ofertelor nu sunt întemeiate, deoarece în cadrul ședinței de vizualizare a ofertei autoritatea contractantă a acționat în conformitate cu prevederile legii, respectiv a verificat și a consemnat constituirea garanției în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, art. 154 din Legea 98/2016 și normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică.

Intervenienta susține că garanția de participare prezentată de societatea sa, legal constituită, respectă și îndeplinește toate condițiile de formă și de fond impuse de documentația de atribuire, legislația specifică în domeniul financiar bancar pentru garanțiile autonome, regulile uniforme din Publicația ICC 758 (URDG), precum și pe cele care derivă din legislația în domeniul achizițiilor publice, respectiv îndeplinește toate condițiile solicitate, inclusiv cele referitoare la quantum, perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cerere a beneficiarului în situațiile de culpă a persoanei garantate, astfel încât autoritatea contractantă să poată emite pretenții asupra garanției în cazul în care societatea dovedește un comportament necorespunzător pe perioada

implicării sale în procedura de atribuire, sau în cazul în care în calitate de contractant nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract.

Învederează faptul că raționamentul comisiei, de validare sau nu a garanției de participare, ar trebui să se bazeze pe rolul acestui angajament, așa cum este definit la art. 35 alin (1) din H.G. nr. 395/2016: „(...) 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”.

În același sens, menționează că, în conformitate cu precizările ANAP, verificarea modalității de emitere/constituire a instrumentelor de garantare de către entități din alt stat, nu constituie obiectul de reglementare al legislației în domeniul achizițiilor publice și în consecință nu intră în sfera obligațiilor autorității contractante în cadrul procesului de evaluare a ofertelor așa cum sunt definite de lege (pentru conformitate - precizările ANAP din Speța 1171 publicată în 27 ianuarie 2023:.

„Data publicării: 27 ian. 2023,12:24:17

Răspuns ANAP:

În ceea ce privește mijloacele prin intermediul cărora o autoritate contractantă poate verifica dacă instrumentele de garantare emise de o instituție de credit din alt stat sunt constituite în condițiile legii, precizăm că, potrivit legislației în domeniul achizițiilor publice, unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractelor publice este și acela al recunoașterii reciproce, o aplicare a acestuia regăsindu-se la art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, strict din punct de vedere al legislației privind achizițiile publice, autoritatea contractantă trebuie să verifice îndeplinirea condițiilor reglementate la art. 154 din Legea nr. 98/2016, în vederea acceptării instrumentelor de garantare depuse de către ofertanți.

În ceea ce privește verificarea modalității de emitere/constituire a instrumentelor de garantare de către entități din alt stat, precizăm că aceasta nu constituie obiectul de reglementare al legislației în domeniul achizițiilor publice.”

În ceea ce privește Scrisoarea de garanție bancară nr. 8799023893/21.06.2023, intervenienta face următoarele precizări:

- este emisă de o instituție de credit dintr-un stat membru UE (Croatia), înființată în baza legii, autorizată și aflată sub supraveghere prudentială a băncii centrale din țara de origine și care are în autorizație activitatea de emitere a garanțiilor, activitățile autorizate se pot identifica și pe pagina de web a Băncii Naționale din Croatia, iar raportul contractual la emiterea scrisorii de garanție bancară al băncii emitente din UE este cu clientul ordonator, societatea având sediul social în . Executarea obligației de plată la cererea autorității contractante se va face prin banca corespondentă din România, înscrisă în registrul BNR;

- îndeplinește integral cerințele privind forma solicitată, cuantumul, perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cerere a beneficiarului în situațiile în care i) societatea își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia; ii) oferta sa fiind stabilită câștigătoare,

societatea refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei; iii) oferta societății fiind stabilită câștigătoare, nu constituie garanția de bună execuție în termenul prevăzut la art. 39 alin. (3);

- include toate elementele obligatorii (banca garantă, ordonator, beneficiar, obiectul garanției, semnături autorizate etc) - este prezentat și formularul 4, solicitat prin documentația de atribuire;

- este constituită și prezentată cu oferta înainte de data și ora-limită de depunere a ofertelor;

- executarea obligației de plată a scrisorii de se va face prin banca corespondentă a Kent Bank DD în România, BCR (membră ERSTE GROUP).

- ca o consecință a caracterului irevocabil al angajamentului astfel asumat, începând cu momentul emiterii, banca nu îl mai poate retrage sau modifica pe toată durata sa de valabilitate, fără acordul expres al beneficiarului căruia i-a fost acordat.

Intervenienta subliniază faptul că condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o garanție de participare sunt exemplificate în Notificarea ANAP din 10.01.2022, respectiv:

„Având în vedere numeroasele solicitări de consiliere metodologică cu privire la posibilitatea acceptării de către autoritățile/entitățile contractante în procedurile de achiziție publică/sectorială a garanțiilor de participare/de bună execuție emise de către instituțiile financiare nebancale, a devenit necesară clarificarea acestor aspecte prin emiterea unei Notificări în acest sens. Astfel, potrivit legislației privind achizițiile publice/sectoriale, în cazul contractelor de achiziții publice/contractelor sectoriale, se poate solicita constituirea următoarelor tipuri de garanții: garanția de participare (potrivit art. 35 din Anexa la HG nr. 395/2016, respectiv art. 41 din Anexa la H.G. nr. 394/2016) și garanția de bună execuție (potrivit art. 39 din Anexa la H.G. nr. 395/2016, respectiv art. 45 din Anexa la H.G. nr. 394/2016). Totodată, instrumentele de garantare reglementate prin legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale, menționate mai sus, trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

- să fie emise de către o instituție de credit din România sau din alt stat sau de către o societate de asigurări, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) și art. 40 alin. (1) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, respectiv art. 42 alin. (1) și art. 46 alin. (1) din Anexa la H.G. nr. 394/2016;

- să respecte toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar, precum și pe cele care derivă din legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale, respectiv îndeplinirea tuturor condițiilor referitoare la quantum, perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cerere a beneficiarului în situația de culpă a persoanei garantate etc., astfel încât autoritatea/entitatea contractantă să poată emite pretenții asupra garanțiilor în cazul în care ofertantul dovedește un comportament necorespunzător pe perioada implicării sale în procedura de atribuire, sau în cazul în care contractantul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract.”

Apreciază că societatea contestatoare face simple prezumții privind lipsa notificării, raportându-se strict la neidentificarea Kentbank DD în

registrele BNR publicate de la data contestației, deși, aceasta, în calitate de operator economic străin și diligent, cunoaște că orice proces de notificare între state membre și procesul de publicare subsecvent este un proces de durată, iar justificarea unei contestații exclusiv pe acest argument nu este fondată.

Susține că nulitatea scrisorii de garanție eliberate de o bancă autorizată din Uniunea Europeană (angajamentul unilateral de plată, irevocabil și necondiționat) nu poate fi atrasă de o eventuală lipsă a unei notificări între state membre, între care există recunoașterea mutuală, în acest sens, nici legislația specială O.U.G. nr. 99/2006 neavând stipulate în mod expres condiții de nulitate și/sau sancțiuni exprese privind nulitatea în cazul lipsei notificării.

În opinia intervenientei, petenta induce cu rea-voință confuzia condiției de simplă notificare cu cea de autorizare prealabilă de către Banca Națională a României a unei instituții de credit dintr-un stat membru european în vederea emiterii unei scrisori de garanție cerută de către un client ordonator care nu are reședința obișnuită în România, ori scrisoarea de garanție bancară reprezintă prin definiție o obligație fermă, irevocabilă și necondiționată a băncii de a plăti o sumă beneficiarului în cazul neîndeplinirii de către clientul băncii a obligațiilor conexe definite în SGB.

Referitor la susținerea de la punctul 34 de la pag. 9 din contestație, potrivit căreia „*Autorizarea emisă de autoritatea de supraveghere din statul membru în care instituția de credit este organizată nu este suficientă pentru prestarea în mod legal a serviciilor într-un alt stat membru, astfel cum rezultă din prevederile mai sus citate*”, intervenienta apreciază că aceasta oferă o reinterpretare a însuși principiului recunoașterii mutuale între statele membre, a cadrului unic de reglementare a sectorului financiar la nivel UE și a mecanismului unic de supraveghere.

Totodată, susține că afirmația contestatoarei de mai sus este în contradictoriu cu dispozițiile art. 45 și art. 208 alin. (1) din OUG 99/2006.

De asemenea, arată că și concluziile contestatoarei de la punctul 37 pag. 10 din contestație, respectiv: „*O.U.G. nr. 99/2016 (2006) stabilește, cu titlu de obligație imperativă că furnizarea de servicii (inel. emiterea de garanții de participare) în mod direct, de către o instituție de credit dintr-un alt stat membru, poate fi realizată exclusiv pe baza unui proces de autorizare (lato sensu) care presupune o notificare BNR conform art. 49 din OUG 99/2006 și înregistrarea acelei instituții de credit în registrul BNR cu privire la: Instituții din alte State Membre UE pentru care autoritățile competente au notificat BNR furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României*” sunt în contradictoriu cu textul ordonanței și precizările BNR. Tocmai în acest scop, preîntâmpinând interpretările eronate ale OUG nr. 99/2006, Banca Națională a României a publicat încă din 07.08.2007 precizări în ceea ce privește armonizarea legislației naționale referitoare la accesul la activitatea și desfășurarea activității de către instituțiile de credit autorizate în alte state membre ale Uniunii Europene și la prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României, aducând clarificări necesare pentru asigurarea premiselor unei înțelegeri și aplicări corecte și unitare:

„activitățile expres enumerate în Anexa I la directivă pot fi desfășurate de către o instituție de credit autorizată într-un stat membru al Uniunii Europene (stat membru de origine), pe teritoriul oricărui alt stat membru, prin exercitarea dreptului de stabilire (înființarea de sucursale) sau prin prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul celui din urmă stat (stat membru gazdă), fără a fi necesară obținerea unei autorizații din partea autorității de supraveghere din statul membru gazdă. Este asigurată astfel desfășurarea activității bancare în cadrul Comunității Europene în baza pașaportului unic emis de statul membru de origine, ceea ce reprezintă o reflectare a principiului recunoașterii mutuale între statele membre, a autorizațiilor acordate în oricare dintre acestea”.

În consecință, arată intervenienta, prerogativele recunoașterii mutuale se aplică tuturor instituțiilor de credit din statele membre, fără excepție, în baza autorizației acordate de autoritatea competentă de origine. Indirect, apreciază că aplicarea și confirmarea acestui principiu de recunoaștere mutuală rezultă în mod evident și neechivoc din comunicatul BNR, publicat în 13.01.2021, privind regimul de funcționare al entităților din Marea Britanie, ca urmare a BREXIT-ului și încheierii perioadei de tranziție la 31.12.2020:

„Începând cu data de 1 ianuarie 2021, entitățile din Marea Britanie (inclusiv cele autorizate în Gibraltar) care furnizau în România, la data de 31.12.2020, servicii bancare, de plată și de emisie de monedă electronică, prin intermediul sucursalelor/agenților/distribuitorilor sau în mod direct, nu mai beneficiază de regimul pașaportului unic european, în baza autorizației acordate de autoritatea competentă de origine din Marea Britanie.

Prin urmare, de la data de 1 ianuarie 2021, acestea sunt tratate ca entități din state terțe în ceea ce privește posibilitatea de a desfășura activitate în România prin intermediul sucursalelor/agenților/distribuitorilor sau în mod direct, necesitând în acest sens, o autorizație acordată de către Banca Națională a României sau de către o autoritate competentă dintr-un alt stat membru UE.” Sursa comunicatului: <https://www.bnr.ro/page.aspx?prid=18878>.

De asemenea, intervenienta apreciază ca fiind nefondată susținerea contestatoarei potrivit căreia instituția de credit autorizată din UE, emitent al scrisorii de garanție, *„Nu are capacitatea de a presta servicii în mod direct în România, respectiv nu are capacitatea de a emite instrumente de garantare în România, întrucât nu a urmat procedura de notificare obligatorie impusă de art. 45 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului”,* având în vedere Precizările publicate de Banca Națională a României, autoritatea competentă cu privire la reglementarea, autorizarea și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit (Articolul 45 din OUG 99/2006 nu se refera la notificare).

Menționează că, la punctul 12 din „Precizările din 25.05.2007 referitoare la dispozițiile art. 45 și art. 49, respectiv ale art. 80 și art. 83 din O.U.G. nr.99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului” Banca Națională a României statuează:

„12. Furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul unui stat membru de către o instituție de credit autorizată și supravegheată într-un alt stat

membru, fără respectarea cerinței notificării autorității competente din statul de origine, nu afectează validitatea operațiunilor/tranzacțiilor bancare astfel efectuate de respectiva instituție de credit."

Pentru reciprocitate, se constată în documentul menționat mai sus emis de BNR că aceleași precizări sunt făcute și pentru instituțiile de credit, persoane juridice române care prestează în mod direct servicii într-un alt stat membru și pentru care este solicitată notificarea (art. 83 din OUG 99/2006), cu includerea derogărilor în funcție de caracterul operațiunilor, respectiv:

„11. Banca Națională a României NU consideră că este necesară notificarea în sensul art. 83 din O.U.G. nr. 99/2006 pentru efectuarea de operațiuni/tranzacții bancare între instituții de credit, persoane juridice române, și clienți care au domiciliul/reședința/sediul pe teritoriul altui stat membru, operațiuni/tranzacții CARE AU CHARACTER OCAZIONAL, fără a se urmări orientarea activității respectivei instituții de credit spre piața bancară străină. Aceasta nu exclude efectuarea de către Banca Națională a României a oricărei analize specifice, potrivit pct. 8 din prezentele precizări, în măsura în care consideră necesar, și luarea oricăror măsuri sau sancțiuni care s-ar impune, de la caz la caz”.

În același document emis de Banca Națională a României sunt făcute precizări asupra:

i) Furnizării de servicii în mod direct:

„10. În vederea determinării noțiunii de prestare de servicii financiar-bancare în mod direct, este necesar a se stabili locul prestării serviciului. În acest sens, de la caz la caz, vor putea fi avute în vedere criteriile cum ar fi: cine inițiază prestarea serviciului, domiciliul/reședința/sediul clientului, sediul prestatorului de servicii (instituția de credit), locul semnării contractului.

ii) Necesității efectuării notificării:

„13. Având în vedere că, pe de o parte, atribuțiile de supraveghere ale Băncii Naționale a României se exercită asupra instituțiilor de credit, persoane juridice române, inclusiv în ceea ce privește activitatea desfășurată în afara teritoriului României, potrivit art. 164, iar pe de altă parte, supravegherea instituțiilor de credit autorizate într-un alt stat membru este responsabilitatea autorității de supraveghere din acel stat membru, inclusiv pentru activitățile desfășurate pe teritoriul României, potrivit art. 208 din O.U.G. nr. 99/2006, Banca Națională României consideră că responsabilitatea primară în a stabili dacă desfășurarea unei activități bancare de către o instituție de credit autorizată într-un alt stat membru reprezintă sau nu prestare de servicii în mod direct, și subsecvent, dacă este sau nu necesară efectuarea notificării, aparține autorității competente cu supravegherea respectivei instituții de credit (din statul membru de origine), careia instituția îi adresează notificarea. În mod corespunzător, dacă o instituție de credit, persoană juridică română, intenționează să desfășoare activitate în mod direct pe teritoriul altui stat membru, Banca Națională a României este prima chemată a decide asupra necesității notificării”.

Astfel, față de aceste aspecte, autoarea cererii de intervenție apreciază că se impune respingerea contestației în ceea ce privește pretinsa încălcare a legislației achizițiilor publice de către autoritatea contractantă și pretinsa nelegalitate a garanției de participare a [REDACTED], fiind încălcate dispozițiile legale imperative privind motivarea și probarea contestației.

În ceea ce privește punctul 44 de la pag 11 al contestației, apreciază că petenta încearcă să inducă Consiliului un punct de vedere propriu, incorect, prin scoaterea din context a citatului din notificarea ANAP din 05.08.2022, care vizează societățile de asigurare pentru care au fost definite de către legiuitor condiții suplimentare, respectiv listarea obligatorie în registrele ASF (fenomen determinat de situația cauzată de falimentul City Insurance, care a generat numeroase modificări legislative subsecvente pentru instrumentele de garantare).

În ceea ce privește instituțiile de credit, susține că mențiunea este la nivel de recomandare pentru verificarea capacității financiare reale (și nu obligație ca în cazul instrumentelor de garantare emise de societățile de asigurare).

De asemenea, arată intervenienta, având în vedere rigorile și regulile de supraveghere prudențială a instituțiilor de credit de către băncile centrale din cadrul statelor și recunoașterea reciprocă a acestora, nu există recomandări privind sesizarea BNR, așa cum există atenționarea distinctă de sesizare ASF în cazul societăților de asigurare și/sau brokeri. Autoritățile de reglementare prudențială pentru instituțiile de credit s-au concentrat în mod tradițional asupra indicatorilor financiari, cum ar fi dacă instituțiile dețin suficient capital și lichidități pentru a face față unei crize economice și dacă gestionează în mod corespunzător riscurile financiare.

În opinia sa, dacă legiuitorul ar fi considerat că sunt imperioase precizări suplimentare în conținutul legii nr. 98/2016 și a normelor de aplicare ale acestora în ceea ce privește scrisorile de garanție bancară emise de instituțiile de credit din statele membre, ar fi procedat în mod similar cu prevederile imperative introduse pentru instrumentele de garantare emise de societăți de asigurare.

Pentru conformitate consemnează textul integral al notificării ANAP din 05.08.2022 invocate de contestatoare la pct. 44.

Referitor la punctul 27 de la pag. 7 din contestație, face observația că articolul 33 din Directiva 2013/36/UE este citat cu scoaterea din context și fără articolele conexe, „*Statele membre adoptă dispoziții în conformitate cu care pot fi desfășurate pe teritoriul lor activitățile prevăzute în anexa I, în conformitate cu articolul 35, articolul 36 alineatele (1)-(3), articolul 39 alineatele (1) și (2) și articolele 40-46, fie prin înființarea unei sucursale, fie prin prestarea de servicii de către orice instituție de credit autorizată și supravegheată de către autoritățile competente dintr-un alt stat membru, cu condiția ca activitățile respective să fie incluse în autorizație*”.

Pentru conformitate, face trimitere la articolele 35 și 36 din Directiva 2013/36/UE, care definesc obiectul notificării, în scopul deschiderii unei sucursale și precizează, totodată, că articolele 38-46 vizează activitățile

desfășurate/raportările la înființarea de sucursale sau mai multe sedii secundare (inclusiv agregarea sucursalelor).

De asemenea, intervenienta solicită Consiliului să constate că, prin contestația formulată, [REDACTAT] arogă obligații autorității contractante care nu sunt definite de legea achizițiilor publice în sarcina acesteia, considerând a fi de o „maniera ilegală” dacă autoritatea contractantă nu dă dovadă de un formalism exagerat, cu încălcarea principiului proporționalității, depășirea limitelor a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

Referitor la punctul 8 de la pag 3 a contestației, învederează faptul că articolul 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 indicat de contestatoare se referă la condițiile de formă, quantum și valabilitate: *„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 quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă”,* și nu se referă la condițiile de fond și formă.

În opinia sa, motivul contestației introduse într-o etapă procedurală anterioară celei în care oferta putea fi respinsă pentru o eventuala neconformitatea a garanției este excluderea timpurie a concurenței din cadrul procedurii de atribuire și securizarea poziției de ofertă câștigătoare în lipsa unei alte oferte concurente, având în vedere că contestatoarea a mai avut anterior acțiuni eșuate privind încercarea excluderii [REDACTAT] [REDACTAT] din viitoarele licitații, prin aceeași interpretare proprie a literei și a spiritului legii și solicitând instanței să constate că autoritatea contractantă trebuie să manifeste un rol activ peste obligațiile prevăzute de lege sau stabilite de fișa de date a achiziției și clarificările ulterioare, prin impunerea demonstrării experienței similare prin produse identice etc, plângeri respinse ca neîntemeiate de către CNSC și, ulterior, de Curtea de Apel București prin decizia civilă nr. 2372/13.12.2021.

Față de argumentele prezentate pe larg anterior, intervenienta solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă, în mod corect și legal, a procedat la analiza garanției sale de participare, în limitele definite de documentația de atribuire, legea achizițiilor publice și a normelor de aplicare a acesteia, consemnând că aceasta îndeplinește rigorile, cu consecința menținerii procesului-verbal nr. 89214/ 10.07.2023, astfel cum a fost încheiat.

Referitor la punctul 48 de la pag 12 a contestației, respectiv: trimiterea la cauza C-403/21, în care Consiliul a formulat întrebări preliminare către CJUE și hotărârea preliminară a CJUE care a introdus o înțelegere favorabilă într-o problemă real complexă, în sensul neîncurajării excluderii formale a unui ofertant pentru cerințe care nu au fost expres solicitate/prevăzute de documentele achiziției sau impunerea drept criteriilor de selecție obligații rezultate din reglementări speciale, cu consecința respingerii de către CNSC a contestației formulate de ofertantul

clasat pe locul al patrulea care critica admisibilitatea ofertelor clasate pe primele trei locuri și cererea contestatoarei către Consiliu de a solicita note de relații de tip consiliere metodologică privind „prezenta problematică privind condițiile obligatorii pentru prestarea de către o instituție de credit din alt stat membru a serviciilor sale pe teritoriul României”, intervenienta consideră că, în cazul de față, atât Banca Națională a României, autoritatea de reglementare și supraveghere în materia instituțiilor de credit, cât și ANAP au oferit precizări publice suficiente privind speța prezentată de [REDACTAT]

În analiza cererii contestatoarei privind solicitarea notelor de relații de tip consiliere metodologică, autoarea cererii de intervenție solicită Consiliului să analizeze aceasta cerere și prin prisma tergiversării procedurii de atribuire în această etapă, având în vedere că:

(i) obiectul de furnizare este reprezentat de vehicule care se produc la comandă, care au un termen de execuție de 30 luni de la data semnării contractului de furnizare;

(ii) procesul de livrare este urmat de procesul de recepție calitativă și testare în exploatare în vederea acceptării fiecărui vehicul și facturării;

(iii) documentele programatice ale Planului Național de Redresare și Reziliență (PNRR), sursa de finanțare a prezentei proceduri de achiziție, impun finalizarea integrală a implementării proiectelor nu mai târziu de 30.06.2026, întârzierile nejustificate putând genera pierderea sursei de finanțare pentru un proiect de importanță vitală pentru autoritatea contractantă, transportul public ecologic/condițiile de transport în Municipiul Iași;

Având în vedere cele expuse, [REDACTAT]

[REDACTAT] solicită Consiliului admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de [REDACTAT] ca neîntemeiată.

În subsidiar, solicită Consiliului să analizeze introducerea prematură a acestei contestații.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale invocate în prezenta cauză.

Contestatoarea, prin adresa nr. 591/01.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, sub nr. 41951/01.08.2023, raportat la prevederile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, a transmis concluziile scrise referitoare la punctul de vedere al autorității contractante.

În concluziile scrise, contestatoarea face referire la netemeinicia argumentelor înaintate de autoritatea contractantă și solicită să-i fie admisă contestația așa cum a fost formulată.

În preambulul concluziilor scrise, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a prezentat niciun contraargument real referitor la valabilitatea garanției de participare depusă de [REDACTAT] și că apărările formulate se referă de o manieră superficială exclusiv la faptul că Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene (TFUE) prevede prestarea de servicii în mod direct în cadrul Uniunii Europene, fără să aibă în vedere că normele europene și

naționale în materia serviciilor de creditare (inclusiv emitere de garanții) - Directiva 2013/36/UE și OUG 99/2006 - stabilesc în mod neechivoc faptul că prestarea de servicii de creditare pe teritoriul unui alt stat membru sunt supuse unui proces de notificare în fața autorității de supraveghere și reglementare din acel stat membru și înscrierea în registrul relevant al acestei autorități.

Susține că Kent Bank DD nu a urmat acest proces obligatoriu, în lipsa căruia nu poate presta în mod valabil servicii de creditare pe teritoriul României, nefiind înscrisă în niciunul dintre registrele BNR-ului.

Pentru claritate, contestatoarea arată că un număr de 314 instituții de credit au notificat prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României, conform art. 49 din OUG 99/2006, iar Kent Bank DD nu este una dintre acestea. De aceea, în aprecierea contestatoarei, lipsa procedurii de autorizare *lato sensu* prevăzută de lege conduce la nulitatea absolută a garanției de participare emisă în procedura ce face obiectul contestației sale, conform art. 207 Cod Civil.

Contestatoarea detaliază motivele pentru care consideră că, garanția de participare emisă în procedură pe care o contestă, este nulă:

1) contestația a fost formulată împotriva actului nelegal al autorității contractante reprezentat de concluziile reținute în cadrul procesului-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 89214/10.07.2023, comunicat de autoritatea contractantă prin intermediul platformei SEAP, în data de 10.07.2023, proces-verbal prin care au fost evaluate inclusiv garanțiile de participare constituite de ofertanții la procedura de atribuire;

2) autoritatea contractantă a declarat în mod nelegal oferta [REDACTAT] ca fiind acceptabilă/admisibilă, prin concluziile ce se regăsesc în cadrul procesului-verbal, concluzii ce rețin de o manieră nelegală, că nu există motive pentru respingerea ofertei [REDACTAT] ca inacceptabilă/inadmisibilă, aspect ce reiese din faptul că autoritatea contractantă a statuat în cadrul procesului-verbal că „*nu este cazul*” ca oferta să fie respinsă, ca urmare a lipsei/ neconformității garanției de participare;

3) autoritatea contractantă a concluzionat că oferta [REDACTAT] este acceptabilă/ admisibilă, fără a transmite în termenul legal o solicitare de clarificări adresată acesteia, prin care să se clarifice îndeplinirea condițiilor de fond și formă aferente elaborării și prezentării ofertei, precum și privind îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției;

4) achizitoarea nu a clarificat, în termenul legal, dacă emitentul scrisorii de garanție depuse de [REDACTAT] are sau nu are capacitatea de a presta servicii în mod direct în România, respectiv dacă are sau nu are capacitatea de a emite instrumente de garantare în România;

5) emitentul scrisorii de garanție depuse de [REDACTAT] în realitate, nu are capacitatea de a presta servicii în mod direct în România pentru că acesta nu a urmat procedura de notificare obligatorie impusă de art. 45 coroborat cu art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006, care privește instituțiile de credit și adecvarea capitalului;

6) autoritatea contractantă nu a clarificat *a priori* valabilitatea garanției de participare constituită de [REDACTED] prin scrisoarea de garanție bancară nr. 8799023893/21.06.2023, emisă de Kent Bank DD, în data de 12.05.2023, respectiv nu a stabilit în mod legal îndeplinirea condițiilor de fond și formă ale garanției de participare propusă de BOZANKAYA, cu nesocotirea astfel a prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și ale normelor imperative impuse de OUG nr. 99/2006 (art. 45 coroborat cu art. 49);

7) prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 impun autorității contractante să solicite clarificări, în termen de o zi lucrătoare, de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de fond (privind îndeplinirea condițiilor specifice ce afectează însăși valabilitatea instrumentului de garantare) și formă ale garanției de participare, precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de trei zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă;

Petenta subliniază faptul că, în contestație a solicitat Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună anularea parțială a procesului-verbal în ceea ce privește declararea garanției de participare depuse de [REDACTED] ca fiind valabilă și legală, cu consecința declarării ofertei sale ca fiind admisibilă/acceptabilă și anularea oricăror alte acte juridice subsecvente emise de autoritatea contractantă în acest sens și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei înaintate de [REDACTED] din perspectiva admisibilității/acceptabilității acesteia, cu reținerea faptului că garanția de participare depusă de [REDACTED] nu este valabilă și este lovită de nulitate absolută, atrăgând astfel necesitatea respingerii ofertei acestui ofertant de la procedură.

Arată că, deși, în punctul său de vedere, autoritatea contractantă pretinde respectarea prevederilor art. 36 din H.G. nr. 395/2016, respectiv, conform propriei formulări, „*respectarea condițiilor de formă pentru constituirea garanțiilor de participare*” și indică faptul că, în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (4) lit. b) pct. i) din Legea nr. 98/2016, garanția de participare (autoritatea contractantă indică probabil ca urmare a unei erori de dactilografiere „*garanția de execuție*”) se constituie și prin scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat, astfel încât *ubi tex non distinguit, nec nos distinguere debemus (unde legea/norma juridică nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă)*, societatea sa niciodată nu a criticat legalitatea tipului/felului de instrument de garantare folosit de către [REDACTED] respectiv faptul că aceasta a folosit cu titlu de instrument de garantare o scrisoare de garanție, emisă de o instituție de credit bancară din alt stat, critica sa adusă instrumentului de garanție folosit de [REDACTED] fiind referitoare la valabilitatea scrisorii de garanție produsă de acesta.

Mai clar, petenta precizează că a criticat neîndeplinirea condițiilor de fond ale instrumentului de garantare produs de [REDACTED] respectiv nevalabilitatea acestuia, și nu tipul instrumentului de garantare ales de

aceasta din urmă (virament bancar, asigurare de garanție etc.), m așa cum eronat încearcă să pretindă autoritatea contractantă.

În opinia petentei, autoritatea contractantă ignoră un aspect esențial, și anume faptul că serviciile financiare au un regim special, fiind servicii strict reglementate atât la nivelul Uniunii Europene, cât și la nivelul statelor membre. Acest regim special este conturat chiar în Directiva 2013/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 iunie 2013 cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit și de supraveghere prudentială a instituțiilor de credit (invocată și în cadrul contestației).

Astfel, arată că, în cazul serviciilor financiare/cu regim reglementat, libertatea de a presta servicii în mod liber pe teritoriul unui stat membru este permisă, fiind însă supusă în continuare unui regim special, specific activităților reglementate, și anume notificarea *ex ante* cu privire la derularea acestor activități și contestatoarea consideră că, în lipsa unei notificări *ex ante* transmisă de către entitatea de reglementare din Croația către Banca Națională a României, Kent Bank DD nu poate presta în mod valabil servicii de creditare/emitere de garanții în România, această restricție regăsindu-se și în cadrul legislației naționale, respectiv prevederile art. 45 coroborate cu prevederile art. 49 din OUG nr. 99/2006, acestea fiind obligatorii pentru orice operator economic de naționalitate străină.

Contestatoarea menționează că la art. 45 din OUG nr. 99/2006, la care se face referire, se prevede că instituțiile de credit autorizate și supravegheate de autoritatea competentă dintr-un alt stat membru pot desfășura în România activitățile (...), prin înființarea de sucursale sau prin prestarea de servicii în mod direct, dacă activitățile respective se regăsesc în autorizația acordată de autoritatea competentă din statul membru de origine și se asigură respectarea legislației românești adoptate în scopul protejării interesului general. În continuare, art. 49 stabilește că: *„Furnizarea de servicii în mod direct de către o instituție de credit autorizată și supravegheată într-un alt stat membru poate fi realizată pe baza notificării transmise Băncii Naționale a României de către autoritatea competentă din statul membru de origine, cuprinzând activitățile pe care instituția de credit intenționează să le desfășoare în România.”*

Contestatoarea subliniază că a indicat anterior, faptul că Kent Bank DD este o instituție de credit dintr-un stat membru al UE, și anume Croația, căreia nu îi este restrânsă libertatea de a presta servicii în mod direct în România în măsura în care aceasta îndeplinește condițiile legale stabilite la nivelul Directivei 2013/36/UE, transpuse în cadrul OUG nr. 99/2006, dar în urma unei simple verificări a registrelor BNR care cuprind instituțiile de credit autorizate pentru prestarea de servicii de creditare (inclusiv scrisori de garanție) pe teritoriul României, [REDACTAT]

[REDACTAT] a observat că Kent Bank DD nu îndeplinește condițiile legale menționate mai sus și nici nu se regăsește în niciunul dintre aceste registre, respectiv, Kent Bank DD nu are o sucursală înființată pe teritoriul României și nu a notificat BNR prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României;

Astfel, în opinia contestatoarei, Kent Bank DD nu are capacitatea de a presta în mod legal servicii de creditare sub forma emiterii unor scrisori de garanție bancară pe teritoriul României, întrucât nu a urmat procedura obligatorie de notificare reglementată de art. 45 coroborat cu art. 49 din OUG nr. 99/2006 și lipsa notificării impuse de OUG nr. 99/2006, care reprezintă de altfel o formă de autorizare *lato sensu*, conduce la lipsa capacității acestei entități de a emite scrisori de garanție pe teritoriul României, astfel că actele și operațiunile desfășurate de Kent Bank DD pe teritoriul României sunt lovite de nulitate absolută, în temeiul art. 207 Cod Civil. Contestatoarea afirmă că, raționamentul său, prezentat anterior, nu a fost contrazis niciun moment de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere, aspect ce de altfel nici nu ar fi fost posibil, în opinia contestatoarei, din moment ce reglementarea imperativă prevede de o manieră clară condițiile legale necesar a fi respectate pentru ca o instituție de credit străină să poată presta în mod legal servicii de creditare pe teritoriul României;

Constatarea, pentru a rezuma argumentele prezentate pe larg în cadrul contestației, în concluziile scrise la punctul de vedere al autorității contractante, prezintă raționamentul cauză-efect-concluzie (pag. 7/Concluzii scrise).

Astfel, consideră că autoritatea contractantă nu prezintă niciun argument pentru a demonstra faptul că Kent Bank DD îndeplinește condiția esențială pentru a presta servicii pe teritoriul României, și anume notificarea BNR în acest sens și înscrierea în registrul relevant al BNR. Pe de altă parte, autoritatea contractantă nu prezintă niciun argument în sensul inaplicabilității art. 45 și art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006 cu privire la Kent Bank DD și identificarea Kent Bank DD în registrele BNR ale entităților care au notificat prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României;

În opinia sa, asemenea apărări nici nu ar putea fi formulate, întrucât prevederile legale sunt foarte clare, iar aplicarea practică a acestora este, de asemenea, neechivocă, existând un număr de 314 instituții de credit care au urmat acest demers.

Prin urmare, [REDACTAT] solicită Consiliului să respingă în integralitate „așa-zisele apărări” formulate de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere, iar în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 să admită contestația sa, astfel cum aceasta a fost formulată.

Prin adresa nr. 621/07.08.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 43043/07.08.2023, [REDACTAT] a transmis „Concluzii scrise față de față de netemeinicia argumentelor prezentate de [REDACTAT] [REDACTAT] în cadrul cererii de intervenție voluntară”, prin care reiterează solicitarea sa de admitere a contestației, astfel cum a fost formulată.

Cu titlu prealabil, arată că [REDACTAT] [REDACTAT] nu a contraargumentat, în mod real, lipsa obligativității urmării procedurii de notificare instituită prin art. 45 coroborat cu art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006, notificare în lipsa căreia instituția de credit emitentă a

, garanției de participare nu ar putea presta în mod valabil servicii de creditare pe teritoriul României.

În acest sens, [REDACTAT] indică, la paragraful 32 al cererii de intervenție, că societatea contestatoare ar trebui să cunoască faptul că orice proces de notificare între state membre și procesul de publicare subsecvent (în registrele BNR) este un proces de durată, iar justificarea unei contestații exclusiv pe acest argument nu este fondată, argument care denotă faptul că aceasta înțelege că procesul de notificare este unul obligatoriu și necesar pentru valabilitatea și eficacitatea instrumentului de garantare emis.

Afirmă că, prin deducție, a ajuns la concluzia că instituția de credit emitentă a instrumentului de garantare prezentat de [REDACTAT] fiind la acest moment în proces de a îndeplini aceasta exigență imperativă, intervenienta invocându-și astfel propria culpă pentru folosirea unui instrument de garantare emis de o instituție de credit ce nu a îndeplinit această obligație până la data depunerii ofertei de către [REDACTAT], aspect ce atrage în mod evident nulitatea absolută a instrumentului de garantare prezentat în virtutea prev. art. 207 Cod Civil.

De asemenea, petenta arată că, „în mod total neverosimil și împotriva evidențelor”, petenta insinuează, în cadrul mai multor paragrafe din cererea de intervenție, (7), (18) și (19) că „prezintă critici fără valoarea probantă bazate pe prezumții false (...) și nu prezintă probe concrete în justificarea sau coroborarea acestora”, respectiv că „emite simple supoziții care nu sunt probate în mod concret”, afirmații pe care le consideră, precizând, totodată că argumentele prezentate în cadrul contestației introductive au fost probate fie prin înscrisuri doveditoare, fie prin prezumții argumentate interpretativ în conformitate cu dispozițiile legale rubricate în cadrul contestației.

Cu privire la afirmația intervenientei potrivit căreia criticile sale ar fi invocate într-o etapă procedurală anterioară celei în care o ofertă ar putea fi respinsă pentru neconformitatea garanției, „aceasta putându-se face doar după clarificări legate de garanție”, contestatoarea apreciază că intervenienta nu stăpânește proprietatea termenilor folosiți, ex. „etapă procedurală anterioară”, respectiv nu înțelege domeniul de aplicare al căii de atac administrativ-jurisdicționale reprezentate de contestația privind anularea actului vătămător.

Având în vedere sancțiunea aplicabilă pentru neformularea unei căi de atac împotriva unui act vătămător în termenul legal, respectiv tardivitatea formulării căii de atac cu încălcarea termenului imperativ stabilit, petenta învederează faptul că singurul mecanism eficace avut la dispoziție pentru a înlătura efectele nelegale ce se nasc din emiterea procesului-verbal atacat este formularea contestației, împotriva concluziilor nelegale ale acestuia în interiorul termenului imperativ instituit de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În opinia sa, în lipsa formulării prezentei căi de atac de către societatea sa, în termenul imperativ stabilit de art. 8 din Legea nr. 101/2016, cu eventuala formulare a contestației privind această concluzie nelegală a autorității contractante la un moment ulterior expirării termenului, [REDACTAT] ar fi solicitat, cu

relativ succes, admiterea excepției tardivității formulării contestației privind acest aspect din moment ce [REDACTED] a „trebuia să formuleze contestația în termenul imperativ indicat, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal”.

În plus, în ceea ce privește susținerea intervenientei potrivit căreia „o cale de atac ar putea fi formulată numai după clarificări legate de garanție”, precizează că autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor garanției de participare (conform prevederilor art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016).

Mai arată că, având în vedere că (i) prezenta contestație a fost înaintată la o distanță de 10 zile de la publicarea procesului-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 89214/10.07.2023 comunicat de autoritatea contractantă prin intermediul platformei SEAP în data de 10.07.2023, precum și că (ii) în cadrul procesului-verbal atacat nu este consemnat faptul că au fost solicitate clarificări cu privire la o eventuală neconformitate/ neconcordanță privind garanția de participare prezentată de oricare dintre cei doi ofertanți, petenta apreciază că demersul său de a formula contestația în termenul imperativ calculat începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal este manifest legal și perfect temeinic.

Reiterând faptul că, în procesul-verbal atacat, autoritatea contractantă a concluzionat că „nu este cazul” pentru respingerea ofertei Bozankaya, ca urmare a lipsei/ neconformității garanției de participare (mențiune ce se regăsește la pagina 8/8 din cadrul procesului-verbal) apreciază că acest act al autorității contractante este cel ce reține concluziile vătămătoare pentru societatea sa și care trebuie să facă obiectul controlului de legalitate al Consiliului.

De asemenea, susține că, în mod tendențios intervenienta a omis să observe nenumăratele trimiteri din cadrul contestației la coroborarea prevederilor art. 45 cu prevederile art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006 în argumentarea raționamentului juridic ce atrage nulitatea absolută a instrumentului de garantare prezentat de intervenientă.

Afirmă că, în contradictoriu cu cele indicate de [REDACTED] [REDACTED] la paragraful 20 al cererii sale de intervenție, autoritatea contractantă nu a acționat în conformitate cu prevederile imperative ale legii în ceea ce privește verificarea emiterii în condițiile legii a instrumentelor de garantare solicitate, în sens contrar deci prevederile art. 154 alin. (4) lit. b) din Legea 98/2016 care statuează că „garanția de participare trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin (...) instrumente de garantare emise în condițiile legii”.

Susține că un instrument de garantare care este emis de o instituție de credit ce anterior emiterii instrumentului nu a notificat activitatea sa în virtutea dispozițiilor art. 45 coroborat cu prevederile art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006 reprezintă un instrument de garantare ce nu este emis în condițiile

legii, deci care nu satisface cerințele art. 154 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește afirmația de la paragraful 22 al cererii de intervenție, [REDACTED] subliniază faptul că a formulat contestația întocmai împotriva valabilității instrumentului de garantare prezentat de [REDACTED], deci are ca scop mediat protecția autorității contractante de atribuirea unui contract unui ofertant care a prezentat un instrument de garantare care nu este apt a proteja autoritatea împotriva unui comportament necorespunzător al acestuia din urmă.

Altfel spus, prin înaintarea contestației se tinde ca o consecință mediată întocmai la protejarea autorității contractante împotriva încercării unui eventual prejudiciu ca urmare a prezentării de către un ofertant, care la acest moment are vocația de a fi declarat câștigător al procedurii de atribuire, a unui instrument de garantare lovit de nulitate absolută, instrument ce nu este apt a asigura protecția autorității împotriva riscului unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire, contrar astfel prev. art. 35 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

În ceea ce privește sublinierile intervenientei de la paragrafele 23 și 24 ale cererii, petenta învederează faptul că răspunsul ANAP este emis *stricto sensu* într-o decizie de speță față de care prezenta cauză este străină, aspect ce nu permite aplicarea unui raționament de tip *mutatis mutandis*, respectiv are în vedere numai prefigurarea respectării, cu titlu exclusiv, a dispozițiilor normative din „*punct de vedere al legislației privind achizițiile publice*”, respectiv „*al obiectului de reglementare al legislației în domeniul achizițiilor publice*”.

Făcând trimitere la dispozițiile art. 154 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 98/2016, ale art. 45 coroborat cu cele ale art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006 și la art. 207 alin. (1) și (2) Cod civil, petenta apreciază că emitentul garanției de participare înaintată de [REDACTED]

[REDACTED] în cadrul procedurii de atribuire nu poate presta în mod legal și valabil aceste servicii în România, deci nu poate presta în condițiile legii aceste activități, cu consecința că scrisorile de garanție emise de Kent Bank DD să fie lovite de nulitate absolută (în lipsa notificării în acest sens transmise BNR și în lipsa înregistrării acestei instituții de credit în registrele BNR).

În ceea ce privește paragraful 25 al cererii de intervenție, reiterează că prezenta contestație nu privește existența autorizării Kent Bank DD pentru prestarea activității de emiteră a garanțiilor, cum inexact insinuează intervenienta, contestația are în vedere faptul că instituția de credit Kent Bank DD nu a urmat procesul obligatoriu de notificare reglementat de art. 45 coroborat cu art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006, proces în lipsa căruia nu poate presta în mod valabil servicii de creditare pe teritoriul României, nefiind înscrisă în niciunul dintre registrele ținute de BNR.

Mai mult, contestatoarea subliniază faptul că un număr de 314 de instituții de credit au notificat prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României, conform art. 49 din OUG 99/2006, iar Kent Bank DD nu este una dintre aceste instituții de credit.

Referitor la teza finală a paragrafului 25 din cererea de intervenție privind la faptul că „*executarea obligației de plată la cererea autorității contractante se va face prin banca corespondentă din România, înscrisă în registrul BNR*”, contestatoarea susține că executarea acestei „*obligații*” nu are nici măcar vocația de a fi posibilă din moment ce:

i. raportul contractual încheiat cu încălcarea unei dispoziții legale este lovit cu efect retroactiv de nulitate absolută;

ii. raportul contractual lovit de nulitate absolută nu este susceptibil de confirmare, cu atât mai puțin în dinamica statuată cu privire la procedurile de atribuire, precum și

iii. chiar prin absurd, dacă s-ar accepta acest pseudo-argument, acesta nu ar schimba cu nimic problematica dezbătută aspectul referitor la identitatea celui ce ar executa „*obligația de plată*”, din moment ce actele (garanția de participare) și operațiunile săvârșite fără autorizațiile prevăzute de lege sunt lovite de nulitate absolută.

Cu privire la afirmația de la paragraful 29 din cererea de intervenție referitoare la faptul că „*executarea obligației de plată a scrisorii de garanție prezentată de Bozankaya se va face prin banca corespondentă a Kent Bank DD în România, BCR (membră ERSTE GROUP)*”, apreciază că aceasta, în primul rând, nu este susținută cu niciun document doveditor, respectiv nici nu este în măsură a schimba ceva din dinamica argumentației prezentate în cadrul contestației introductive, respectiv că emitentul scrisorii de garanție nu a urmat procedura imperativă prevăzută la art. 45 coroborat cu art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006.

Referitor la argumentele prezentate la paragraful 31 din cererea de intervenție, precizează că acestea: (i) în primul rând statuează condițiile privind emiterea instrumentelor de garantare de către instituțiile financiare nebancare (IFN-uri), precum și că (ii) acestea subliniază de o manieră pro causa că „*instrumentele de garantare reglementate prin legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale trebuie să îndeplinească (...) toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar, deci întocmai reglementările imperative ale O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.*”

În contradictoriu cu afirmațiile intervenientei din cadrul paragrafelor (33) și (35) ale cererii de intervenție, respectiv că nulitatea scrisorii de garanție în discuție nu poate fi atrasă de o eventuală lipsă a unei notificări între state membre, fără a relua în integralitate raționamentul juridic prezentat în contestație, petenta reiterează sancțiunea prevăzută la art. 207 alin. (2) Cod Civil care stabilește că „*în cazul activităților care trebuie autorizate de organele competente, dreptul de a desfășura asemenea activități se naște numai din momentul obținerii autorizației respective (...)*”, iar „*actele și operațiunile săvârșite fără autorizațiile prevăzute de lege sunt lovite de nulitate absolută*”.

În ceea ce privește paragraful 36 din cererea de intervenție, precizează că acesta se referă cu predilecție la supravegherea prudențială a instituțiilor de credit din alte state membre, care într-adevăr, conform art. 208 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006, se asigură de autoritatea competentă din statul membru de origine, dar „*fără a se aduce atingere competențelor BĂNCII*

NAȚIONALE A ROMÂNIEI prevăzute de prezenta ordonanță de urgență" - fără a se aduce atingere obligației de înaintare a notificării prevăzute la art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006 către BNR.

Referitor la privește afirmația de la paragraful 38 al cererii de intervenție vizând „inexistența necesității obținerii unei autorizații din partea autorității de supraveghere din statul membru gazdă”, petenta indică cu titlu clarificator punctul 4 și punctul 7 din cadrul Precizărilor emise de BNR, care, în opinia sa, relevă că raționamentul său din cadrul contestației este corect și temeinic, fiind astfel necesar ca instituția de credit autorizată în alt stat membru (Kent Bank DD) să urmeze procesul obligatoriu de notificare reglementat de art. 45 coroborat cu art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006, proces în lipsa căruia acestea nu pot presta în mod valabil servicii de creditare pe teritoriul României, nefiind înscrise în niciunul dintre registrele ținute de BNR.

În plus, subliniază că intervenienta invocă în cadrul paragrafului 38 necesitatea unei autorizații, pe când întreaga contestație este argumentată în sensul obligativității îndeplinirii unor formalități de tipul transmiterii unei notificări, care echivalează, *lato sensu*, cu o „autorizare” a prestării activității specifice pe teritoriul României.

În sens contrar celor indicate de intervenientă la paragrafele 39 - 41, autoarea contestației reiterează că nu invocă o eventuală obligație opozabilă Kent Bank DD de a reobține o autorizare acordată de autoritatea competentă din statul gazdă (în cazul nostru, din România), ci necesitatea riguroasei respectări a dispozițiilor imperative ale art. 45 coroborate cu prevederile art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006 care stabilesc în sarcina instituției de credit străine obligația de a notifica Banca Națională a României.

În ceea ce privește „pseudo-argumentația” intervenientei cuprinsă în cadrul aceluiași paragrafe menționate mai sus referitoare la efectele Brexit, autoarea contestației apreciază că acestea nu sunt în măsură a reprezenta veritabile contraargumente față de raționamentul pe care l-a prezentat mai sus, singurul aspect pe care îl clarifică aceste trimiteri fiind cu privire la pierderea calității de stat membru UE a Marii Britanii, cu consecința firească, că entitățile din Marea Britanie vor fi supuse unui proces de autorizare (în calitate de entități stabilite în state terțe), dacă vor dori să desfășoare activități în România/alte state membre UE.

Afirmând că intervenienta înaintează niște simple afirmații (fără a le proba) privind caracterul ocazional sau nu al operațiunilor/tranzacțiilor desfășurate de Kent Bank DD pe piața bancară din România, arată că, din cunoștințele sale, [REDACTED] folosește cu titlu permanent instrumente de garantare emise de acesta din urmă instituție de credit, aspect ce poate fi probat prin identificarea, în cadrul platformei SEAP a procedurilor la care aceasta a participat cu ofertă, respectiv prin identificarea în cadrul tuturor proceselor-verbale de deschidere a ofertelor, identitatea emitentului garanției de participare prezentate de Bozankaya, respectiv Kent Bank DD.

Mai mult, subliniază concluzia prezentată la punctul 13 din precizări, respectiv: activitatea desfășurată în afara teritoriului României, „potrivit

art. 208 din O.U.G. nr. 99/2006, Banca Națională României consideră că responsabilitatea primară în a stabili dacă desfășurarea unei activități bancare de către o instituție de credit autorizată într-un alt stat membru reprezintă sau nu prestare de servicii în mod subsecvent, (...). În mod corespunzător, dacă o instituție de credit, persoană juridică română, intenționează să desfășoare activitate în mod direct pe teritoriul altui stat membru, Banca Națională a României este prima chemată a decide asupra necesității notificării”.

Astfel, arată contestatoarea, din cele de mai sus rezultă fără echivoc că instituția de credit (din statul membru de origine) trebuie să adreseze notificarea autorității competente cu supravegherea respectivei instituții, procedură care în cazul Kent Bank DD nu a fost urmată.

În ceea ce privește afirmațiile intervenientei de la paragrafele 46 - 51 ale cererii, apreciază că acestea ignoră cele indicate de societatea sa cu privire la Notificarea ANAP din 05.08.2022 cu privire la societățile de asigurare și instituțiile de credit („Notificarea”).

Precizează că, în ceea ce privește Notificarea de mai sus, a indicat faptul că ANAP precizează obligația autorităților contractante de a verifica capacitatea instituțiilor de credit din alte state membre UE, respectiv: *„în ceea ce privește scrisorile de garanție bancară emise sub sigla unor entități cu sediul în alte state membre UE și/sau alte state terțe, Banca Națională a României, în calitate de autoritate de supraveghere prudențială a instituțiilor de credit din România, recomandă ca autoritățile/entitățile contractante să consulte toate bazele de date disponibile, în vederea identificării capacității financiare reale a emitenților scrisorilor de garanție sus menționate”.*

Contestatoarea precizează că, în acest sens, a susținut că o astfel de evaluare nu a fost realizată de achizitoare, atât din perspectiva emiterii garanției de participare în condițiile legii, cât și din perspectiva capacității financiare reale a Kent Bank DD de a emite garanția de participare.

Cu privire la argumentația din cadrul paragrafelor 52 - 56 din cererea de intervenție, apreciază că autoarea acestora, probabil din eroare, nu a reușit să observe cele relatate la punctele 28 - 30 din cadrul contestației, unde, [REDACTED] a făcut trimitere expresă la prevederile art. 39 din Directiva 2013/36/UE.

În opinia sa, intervenienta, de o manieră convenabilă, a ales să nu observe tocmai prevederile rubricate în cadrul contestației ale art. 39, aceasta rezumându-se, în cadrul cererii de intervenție, numai la a prezenta conținutul art. 35 și 36 din Directivă, respectiv la a preciza inexact/neadevărat, la paragraful 56 din cererea de intervenție, că *„articolele 38-46 vizează activitățile desfășurate/ raportările la înființarea de sucursale sau mai multe sedii secundare”.*

Cu privire la afirmația de la paragraful 57 a cererii de intervenție potrivit căroră, în contestație se arogă obligații autorității contractante care nu sunt definite de legea achizițiilor publice în sarcina acesteia, contestatoarea arată că, în interpretarea intervenientei, comisia de evaluare nu ar trebui să verifice îndeplinirea condițiilor de fond și formă aplicabile garanțiilor de participare prezentate de ofertanți..

Menționează că, în contradictoriu cu cele indicate de Bozankaya la paragraful 5 al cererii sale de intervenție, fără a comenta subiectivismul demonstrat față de un alt competitor la adjudecarea prezentei proceduri de atribuire, [REDACTED] subliniază că „motivul” contestației este reprezentat de necesitatea păstrării legalității procedurii de atribuire, cu observarea și respectarea dreptului, respectiv a interesului său legitim, de a solicita anularea actului vătămător al autorității contractante, cu obligarea subsecventă a acesteia la emiterea unui act care să respecte toate exigențele legale aplicabile și să nu nesocotească principiile nediscriminării și al tratamentului egal.

Referitor la argumentele de la paragrafele 61 și 62 din cererea de intervenție, contestatoarea subliniază că insistă, în continuare, în înaintarea unei solicitări de relații adresate BNR privind posibilitatea unei instituții de credit autorizată într-un alt stat membru și care nu a notificat prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României, conform art. 45 coroborat cu art. 49 din OUG 99/2006, de a emite instrumentele de tipul garanțiilor de participare guvernate de legea română în România.

Cu privire la solicitarea în subsidiar a intervenției adresată Consiliului de a analiza introducerea prematură a contestației, petenta solicită Consiliului să înlăture această critică privind o eventuală prematuritate a contestației ca fiind evident netemeinică și de altfel, nesusținută de către aceasta.

În final, referitor la conținutul Anexei 5 a cererii de intervenție, petenta indică faptul procedura nr. CN1022480 la care face trimitere aceasta este o procedură de atribuire în cadrul căreia, rezumând, oferta [REDACTED] a fost respinsă, iar oferta sa nu.

De asemenea, afirmă că, în ceea ce privește strict această procedură de atribuire, în cadrul căreia atât [REDACTED] cât și [REDACTED] au formulat mai multe contestații, cât și plângeri ulterioare, exact așa cum reține și autoritatea contractantă la pagina 2/2 a Anexei 5, nu a fost întrunită niciuna dintre condițiile prevăzute de lege pentru reținerea garanției de participare constituită de societatea sa, contrar insinuărilor tendențioase ale intervenientei.

Susținând netemeinicia apărărilor formulate de intervenientă, [REDACTED] solicită Consiliului ca, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 să admită contestația sa, astfel cum a fost formulată.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că [REDACTED], a transmis recipisa de consemnare nr. 209343710/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Calea Victoriei la data de 24.07.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 2.000.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 2030/2023.

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

Autoritatea contractantă MUNICIPIUL IAȘI a inițiat, la data de 20.05.2023, o licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de

achiziție publică de furnizare având ca obiect „Furnizare 18 tramvaie aferente proiectului «Achiziție de mijloace de transport public - tramvaie 22 m la nivelul Municipiului Iași»”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1055429 și a documentației de atribuire, valoarea estimată a procedurii fiind de 177.217.200 lei.

Potrivit procesului-verbal de evaluare a ofertelor nr. 89214/10.07.2023 prin care au fost evaluate garanțiile de participare, comunicat prin intermediul SEAP, la data de 10.07.2023, în cadrul procedurii au fost depuse două oferte, respectiv a contestatoarei [REDACTAT] și [REDACTAT] oferta criticată prin prezenta contestație.

Ca urmare a publicării procesului-verbal de vizualizare a ofertelor, a formulat contestație [REDACTAT], invocând nelegalitatea garanției de participare depusă de [REDACTAT].

După depunerea contestației, în termen legal, a depus cerere de intervenție [REDACTAT], solicitând respingerea contestației ca inadmisibilă, prematură și nefondată.

Astfel, contestația a fost publicată în SEAP în 21.07.2023, iar intervenienta a transmis prin e-mail, cererea de intervenție, la fata de 31.07.2022, ora 15,59, fiind înregistrată în data de 01.08.2023.

Având a se pronunța asupra admisibilității cererii de intervenție formulată de [REDACTAT], Consiliul reține că acest ofertant este implicat în procedură. În calitate sa de ofertant, are interesul să stea în cauză și să îi fie evaluată oferta, având, încă, șanse a deveni câștigătoare în procedură, prin urmare, în temeiul art. 63 și 64 din codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție ca intervenție accesorie.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației invocată de intervenientă, prin prisma prevederilor art. (3) lit. a) din Legea nr. 101/2016, aceasta motivând că procesul-verbal nu reprezintă un act sau o operațiune producătoare de efecte juridice, acesta consemnând doar o stare de fapt, Consiliul o va respinge.

Contrar susținerilor intervenientei, din procesul verbal rezultă că garanția este validă, nefiind solicitate clarificări în acest sens. De asemenea, nici prin procesul verbal nr. 91077/13.07.2023 nu s-au solicitat clarificări referitoare la garanția de participare.

În ceea ce privește actele care pot fi atacate de ofertanți, cazuistica CJUE este una bogată, aceasta stabilind în repetate rânduri, că doar actele interne ale autorității contractante nu pot fi contestate. În schimb, actele comunicate operatorilor economici pot fi contestate.

Având în vedere considerentele reținute de CJUE în cauza C-391/15, Marina del Mediterráneo SL și alții împotriva Agencia Pública de Puertos de Andalucía, Consiliul reține că operatorul economic are posibilitatea de a contesta actul autorității contractante prin care s-a trecut la etapa ulterioară a procedurii de atribuire, respectiv evaluarea informațiilor din DUAЕ:

„26 Trebuie amintit că modul de redactare a articolului 1 alineatul (1) din directiva menționată presupune, prin folosirea expresiei „în ceea ce privește [procedurile de

atribuire a contractelor]”, ca orice decizie a unei autorități contractante care intră sub incidența normelor izvorâte din dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice și care le poate încălca să fie supusă controlului jurisdicțional prevăzut la articolul 2 alineatul (1) literele (a) și (b) din aceeași directivă. Prin urmare, această dispoziție se referă în general la deciziile unei autorități contractante, fără a distinge între deciziile respective în funcție de conținutul sau de momentul adoptării lor (a se vedea Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punctul 28 și jurisprudența citată).

27 Această accepțiune largă a noțiunii „decizie” a unei autorități contractante este confirmată de faptul că dispoziția de la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 nu prevede nicio restricție în ceea ce privește natura și conținutul deciziilor pe care le vizează. În plus, o interpretare restrictivă a acestei noțiuni ar fi incompatibilă cu dispozițiile articolului 2 alineatul (1) litera (a) din directiva menționată, care obligă statele membre să prevadă proceduri de adoptare a unor măsuri provizorii în privința oricărei decizii adoptate de autoritățile contractante (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punctul 30 și jurisprudența citată).

28 Rezultă că decizia de admitere a unui ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire, cum este cea în discuție în litigiul principal, constituie o decizie în sensul articolului 1 alineatul (1) din directiva menționată.

29 Această interpretare a noțiunii „deciziile luate de autoritățile contractante” supuse căilor de atac nu este repusă în discuție de împrejurarea că, la punctul 35 din Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau (C 26/03, EU:C:2005:5), Curtea a statuat că demersurile care fac parte din observațiile interne ale autorității contractante în vederea atribuirii unui contract de achiziții publice nu sunt supuse căilor de atac. Astfel, în ceea ce privește admiterea ofertei unui ofertant, în discuție în litigiul principal, este necesar să se considere că o asemenea decizie nu face parte, prin însăși natura sa, din observațiile interne ale autorității contractante. Pe de altă parte, decizia a fost comunicată Marina del Mediterráneo și alții.

30 În ceea ce privește momentul de la care o cale de atac trebuie să fie formulată, trebuie amintit că, după cum rezultă din al doilea considerent al Directivei 89/665, aceasta urmărește consolidarea mecanismelor existente atât la nivel național, cât și la nivelul Uniunii, pentru a asigura aplicarea efectivă a directivelor în domeniul achizițiilor publice, în special într-un stadiu în care abaterile pot fi corectate. În acest sens, articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf din aceasta impune statelor membre obligația de „a garanta că [...] deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și în special cât se poate de rapide” (a se vedea Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale Bau și alții, C 470/99, EU:C:2002:746, punctul 74).

31 Or, după cum a statuat deja Curtea, deși Directiva 89/665 nu a stabilit în mod formal momentul de la care există posibilitatea de a formula o cale de atac prevăzută la articolul 1 alineatul (1), obiectivul directivei menționate, avut în vedere la punctul precedent, nu autorizează statele membre să condiționeze exercitarea dreptului la o cale de atac de faptul că procedura de atribuire a contractelor de achiziții publice în discuție a ajuns în mod formal într-un anumit stadiu (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punctul 38).

32 În lipsa unei reglementări a Uniunii care să stabilească momentul de la care trebuie să existe posibilitatea de a formula o cale de atac, conform unei jurisprudențe constante, îi revine dreptului național atribuția de a stabili modalitățile procedurii jurisdicționale destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii. Aceste modalități procedurale nu trebuie să fie însă mai puțin favorabile decât cele aplicabile acțiunilor similare prevăzute pentru protecția drepturilor întemeiate pe ordinea juridică internă (principiul echivalenței) și nu trebuie să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (principiul efectivității) (Hotărârea din 30 septembrie 2010, Strabag și alții, C 314/09, EU:C:2010:567, punctul 34, Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C 61/14, EU:C:2015:655, punctul 46, precum și Hotărârea din 26 noiembrie 2015, MedEval, C 166/14, EU:C:2015:779, punctele 32, 35 și 37).

33 În special, modalitățile procedurale ale căilor de atac în justiție menite să asigure protecția drepturilor conferite de dreptul Uniunii candidaților și ofertanților prejudiciați de decizii ale autorităților contractante nu pot să aducă atingere efectului util al Directivei 89/665 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C 21/03 și C 34/03, EU:C:2005:127, punctul 42, Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C 61/14, EU:C:2015:655, punctul 47, precum și Hotărârea din 15 septembrie 2016, Star Storage și alții, C 439/14 și C 488/14, EU:C:2016:688, punctul 43).

Prin urmare, atât timp cât procesul-verbal a fost comunicat operatorilor economici participanți prin publicarea lui în SEAP, acesta poate fi atacat de orice persoană vătămată.

Consiliul consideră că este pe deplin competent a verifica legalitatea oricărei operațiuni realizată de autoritatea contractantă, deci dacă autoritatea contractantă a verificat legalitatea garanției, cu siguranță, și Consiliul o poate face.

De altfel, Consiliul se pronunță asupra valabilității, legalității și relevanței unei multitudini de documente depuse în oferte: diplome de studii, atestate, adeverințe, certificate, avize, autorizații, garanții, cauțiuni, contracte vizând experiența etc. Tot ceea ce verifică autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, poate constitui obiect al verificării Consiliului, dacă acesta este sesizat cu încălcarea unor dispoziții legale.

În cazul de speță, se contestă legalitatea garanției prezentate de ofertantul Bozankaya, iar Consiliul va verifica acest document, prin prisma susținerilor contestatoarei. Și în ceea ce privește prematuritatea contestației, Consiliul reține aceleași argumente. În condițiile în care actul atacat există și a fost comunicat părților, contestația nu poate fi considerată prematură. Mai mult, până la depunerea contestației a fost emis și actul de evaluare a garanției, respectiv Procesul-verbal nr. 91077/13.07.2023.

Pe fondul cauzei, contestatoarea invocă nelegalitatea Scrisorii de Garanție Bancară nr. 8799023893/21.06.2023, emisă de Kent Bank DD, în data de 12.05.2023, deoarece această bancă nu a notificat Băncii Naționale a României prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României conform art. 45 din O.U.G. nr. 99/2006, de a emite instrumentele de tipul garanțiilor de participare guvernate de legea română în România.

Contestatoarea invocă o anumită stare de confuzie a intervenientei exprimată în paragraful 25 al cererii de intervenție, arătând că prezenta contestație nu privește existența autorizării Kent Bank DD pentru prestarea activității de emitere a garanțiilor, cum inexact insinuează intervenienta, contestația are în vedere faptul că Instituția de credit Kent Bank DD **nu a urmat procesul obligatoriu de notificare reglementat de art. 45 coroborat cu art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006, proces în lipsa căruia nu poate presta în mod valabil servicii de creditare pe teritoriul României, nefiind înscrisă în niciunul dintre registrele ținute de BNR.**

Contestatoarea mai solicită Consiliului, în virtutea rolului activ al instanței și în scopul aflării adevărului, **având în vedere că acesta a fost investit cu o situație de fapt/problematică juridică complexă**, să solicite BNR note de relații de tip consiliere metodologică privind prezenta problematica cu privire la posibilitatea unei instituții de credit autorizată

Într-un alt stat membru și care nu a notificat prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României conform art. 45 din O.U.G. nr. 99/2006, de a emite instrumentele de tipul garanțiilor de participare guvernate de legea română în România.

În fapt, Consiliul reține că problema este una lipsită de complexitate, „complexitatea” fiind, de fapt, o opinie personală a contestatoarei.

În fapt, emiterea scrisorii de garanție nu s-a realizat pe teritoriul României, pentru a fi necesară notificarea către banca națională. A fost emisă în Croația, fiind, astfel, o garanție internațională, emisă conform Regulilor Uniforme privind Garanțiile la Cerere codificate prin Publicația nr. 758 a Camerei Internaționale de Comerț de la Paris, revizuire 2010 (“Publicația ICC 758”).

Art. 2321 din Codul civil român respectă aceste reguli uniforme, fiind, totuși, mai sumar decât convenția respectivă semnată de România.

Conform art. 2321 alin. (1) din Cod, scrisoarea de garanție este „angajamentul irevocabil și necondiționat prin care o persoană, denumită emitent, se obligă, la solicitarea unei persoane denumite ordonator, în considerarea unui raport obligațional preexistent, dar independent de acesta, **să plătească o sumă de bani unei terțe persoane, denumită beneficiar, în conformitate cu termenii angajamentului asumat.**

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

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

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

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

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

(7) Dacă în textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel, aceasta produce efecte de la data emiterii ei și își încetează de drept valabilitatea la expirarea termenului stipulat, independent de remiterea originalului scrisorii de garanție”.

În practica bancară se folosesc regulile uniforme, mult mai elaborate și cu aplicabilitate generală.

Este evident că o scrisoare de garanție se emite în statul de origine sau în alte state unde ordonatorul are bunuri, deoarece orice scrisoare de garanție emisă de o bancă pentru un ordonator în favoarea unui terț, are la bază o garanție materială (imobiliară/ipotecară, depozit colateral, gaj, titluri de creanță etc). Nicio bancă nu emite o scrisoare de garanție la prima cerere, cum se solicită în procedurile de atribuire, fără a exista o garanție colaterală a ordonatorului împotriva căreia să se întoarcă în situația în care scrisoarea este executată silit. De regulă, garanțiile la prima cerere se obțin din partea băncilor în urma unor relații de colaborare de durată cu clienții lor, fiind acte *intuitu personae*. Scrisoarea de garanție bancară este emisă

de o unitate bancară, care se angajează personal, emițând o creanță proprie, asumându-și un angajament de garantare și devenind în acest mod debitor principal.

Banca își ia un angajament de a plăti unui beneficiar desemnat, fiind un angajament *intuitu personae* între banca emitentă, ordonator și beneficiar.

În cazul de speță, banca din Croația, emitentă a garanției, se obligă ca în situația în care ofertantul își retrace oferta în perioada de valabilitate sau în cazul în care ar fi desemnată câștigătoare, nu semnează contractul sau nu prezintă garanția de bună execuție, să achite la prima cerere către autoritatea contractantă, contravaloarea garanției astfel constituite.

Legislația invocată de contestatoare are în vedere băncile care emit scrisori de garanție în România, și nu băncile din alte țări membre UE care emit astfel de scrisori. Nu există niciun fel de obligație pentru băncile străine care emit scrisori de garanție pentru participarea la procedurile din România, pentru operatori străini, să notifice aceste operațiuni în baza O.U.G. nr. 99/2006, la Banca Națională a României, după cum nu există nicio obligație a băncilor din România de a se înregistra în oricare dintre statele membre pentru a emite garanții operatorilor români care participă la licitații în alte state.

Dacă la licitații s-ar accepta garanții emise doar de bănci înregistrate și autorizate/notificate în România, atunci libera circulație a mărfurilor, serviciilor și capitalurilor ar fi grav și iremediabil afectată, niciun operator străin neputând obține garanții de la bănci din România, în condițiile în care nu deține bunuri și nu își imobilizează resurse importante pentru a le folosi ca garanție colaterală, după cum nici operatorii români nu ar putea participa la proceduri din alte state membre.

Prin urmare, Consiliul reține că în ceea ce privește garanția depusă, ne aflăm într-un raport de drept internațional privat, reglementat de dispozițiile LEGII nr. 105 din 22 septembrie 1992, cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, care stabilește următoarele:

Art. 1. Prezenta lege cuprinde:

a) norme pentru determinarea legii aplicabile unui raport de drept internațional privat;

b) norme de procedură în litigii privind raporturi de drept internațional privat.

*În înțelesul prezentei legi, raporturile de drept internațional privat sunt raporturile civile, comerciale, de muncă, de procedura civilă și alte raporturi de drept privat **cu element de extraneitate.***

Art. 77. „În lipsa unei legi alese conform art. 73, contractul este supus legii statului cu care prezintă legăturile cele mai strânse.

Se consideră ca exista atare legături cu legea statului în care debitorul prestației caracteristice are, la data încheierii contractului, după caz, domiciliul sau, în lipsa, reședința, ori fondul de comerț sau sediul statutar.

Contractul referitor la un drept imobiliar sau la un drept de folosință temporară asupra unui imobil are legăturile cele mai strinse cu legea statului unde acesta se afla situat.

Art. 78. Prin prestație caracteristică se înțelege:

d) prestația garantului în contractele de garanție, de cauțiune sau altele similare.

Art. 103. În lipsa de lege convenită de părți se aplică:

c) în contractele bancare, inclusiv cele de garanție bancară autonomă, legea sediului întreprinderii de credit; în raporturile dintre cele două bănci se aplică legea celei care prestează serviciul în favoarea celeilalte”.

Prin urmare, legea aplicabilă garanției nu este legea română, ci legea croată, autoritatea publică din România fiind doar beneficiar al garanției.

Consiliul mai reține că însăși Notificarea din 05.08.2022 emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, invocată de contestatoare, sprijină concluzia că se pot prezenta garanții și din alte state, ANAP recomandând autorităților contractante să verifice capacitatea instituțiilor de credit din alte state membre UE: „**în ceea ce privește scrisorile de garanție bancară emise sub sigla unor entități cu sediul în alte state membre UE și/sau alte state terțe, Banca Națională a României, în calitate de autoritate de supraveghere prudențială a instituțiilor de credit din România, recomandă ca autoritățile/entitățile contractante să consulte toate bazele de date disponibile, în vederea identificării capacității financiare reale a emitenților scrisorilor de garanție susmenționate”.**

Ceea ce recomandă ANAP este ca beneficiarul să verifice dacă există entitatea emitentă, pentru a nu fi în situația prezentării unor scrisori de garanție false, din partea unor entități inexistente sau falite. Nicăieri nu există vreo recomandare de a se verifica existența vreunei notificări la Banca Națională a României.

Bazele de date din Croația arată că Kent Bank DD este o bancă activă pe piața croată, contestatoarea neaducând vreo dovadă în sens contrar. De altfel, toată argumentația din contestație este eronată, pornind de la prezumția falsă că banca respectivă ar fi desfășurat activitate de creditare în România, ori în realitate, activitatea de creditare nu s-a desfășurat în România. Nicăieri nu se prezintă vreun argument din care să rezulte că banca croată emitentă a garanției nu ar exista, ar fi falită, nu ar fi înregistrată în statul de origine etc.

Mai mult, nici măcar față de autoritatea publică din România nu suntem într-un raport de creditare desfășurat de bancă, nu banca fiind creditorul, ea devenind debitor principal, dacă ofertantul nu își respectă obligațiile prevăzute în scrisoarea de garanție, creditor fiind instituția publică organizatoare a procedurii. Creditarea s-a realizat în Croația, în persoana ordonatorului [REDACTED] banca devenind debitor al despăgubirii prin echivalent în situația în care [REDACTED] nu își îndeplinește obligația de a face, creditor fiind Municipiul Iași.

Consiliul reține, astfel, relevanța art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: „Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin:

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**”, neexistând, astfel, vreo condiționalitate referitoare la înregistrarea și autorizarea pe teritoriul României.

Consiliul mai reține ca fiind relevant și argumentul intervenientei potrivit căruia, pentru a preîntâmpina interpretările eronate ale OUG nr. 99/2006, Banca Națională a României a publicat încă din 07.08.2007 precizări în ceea ce privește armonizarea legislației naționale referitoare la accesul la activitatea și desfășurarea activității de către instituțiile de credit autorizate în alte state membre ale Uniunii Europene și la prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul României, aducând clarificări necesare pentru asigurarea premiselor unei înțelegeri și aplicări corecte și unitare: *„activitățile expres enumerate în Anexa I la directivă pot fi desfășurate de către o instituție de credit autorizată într-un stat membru al Uniunii Europene (stat membru de origine), pe teritoriul oricărui alt stat membru, prin exercitarea dreptului de stabilire (înființarea de sucursale) sau prin prestarea de servicii în mod direct pe teritoriul celui din urmă stat (stat membru gazdă), fără a fi necesară obținerea unei autorizații din partea autorității de supraveghere din statul membru gazdă. Este asigurată astfel desfășurarea activității bancare în cadrul Comunității Europene în baza pașaportului unic emis de statul membru de origine, ceea ce reprezintă o reflectare a principiului recunoașterii mutuale între statele membre, a autorizațiilor acordate în oricare dintre acestea”.*

Prin urmare, contestația formulată este vădit nefondată.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de [REDACTAT], în contradictoriu MUNICIPIUL IAȘI., în calitate de autoritate contractantă.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție Bozankaya Otomotiv Mak. Iml. Ith. ve Ihr. A.Ș.

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.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de [REDACTAT], în contradictoriu MUNICIPIUL IAȘI., în calitate de autoritate contractantă.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție [REDACTAT]

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,
Doina-Florică ENIȚĂ



MEMBRU,
Tache ZORILĂ

MEMBRU,
Sanda IOANIȚESCU

Redactat în 5 exemplare originale, conține patruzeci și una pagini.

