



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., cod poștal 030084, România  
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

**În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația nr. 343/10.08.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15168/11.08.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., ..., CUI ..., privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de furnizare de tehnică de calcul și licențe, lotul 7 - Achiziție servere, cod CPV 48820000-2, cu data de deschidere a ofertelor 23.07.2015, organizată de ..., cu sediul în ..., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea actului de respingere ca neconformă a ofertei sale.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,  
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

## DECIDE:

În temeiul art. 271 ind. 1 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge contestația SC ... SRL nr. 343/10.08.2015, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa nr. 139916/29.07.2015, autoritatea i-a cerut detalii despre serverul Truster EX7500, la care a răspuns că, în ofertă, codul serverului a fost trecut greșit, respectiv EX7500 în loc de EX4605, oferta și specificațiile tehnice fiind ale modelului EX4605 și rămânând neschimbate. Autoritatea a apreciat – cel puțin abuziv – că s-a modificat propunerea tehnică și a declarat oferta neconformă, deși i s-a explicat că este vorba de o eroare de redactare în ceea ce privește codul produsului și nu s-a modificat sub niciun aspect propunerea tehnică depusă.

În punctul său de vedere nr. 151145/18.08.2015 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 15710/18.08.2015, autoritatea contractantă susține, în apărare, că SC ... SRL a oferit produsul server Truster EX7500, în urma solicitării de clarificări a transmis indicativul altui produs, respectiv EX4605. Contestația este nulă, tardivă și formulată cu intenția de blocare a procedurii de achiziție publică.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ..., publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de cerere de oferte, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea achiziționării de calculatoare, surse, licențe Windows Server Standard, licențe Server CAL 2012, upgrade licențe, cabinet metalic și servere, estimate valoric la 459.677 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de invitația de participare.

Achiziția a fost divizată în șapte loturi, iar pentru lotul 7 (servere) s-au prezentat șapte operatori economici, între care și SC ... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca neconformă, întrucât a fost modificată propunerea tehnică. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, SC ... SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării pe fond a cauzei trebuie reținut că, în contextul în care s-a constatat de către Consiliu neregularitatea

garanției de bună conduită constituită de contestatoare, Consiliul a solicitat acesteia, prin adresa nr. 8101/...-.../12.08.2015:

"Copia actului de remediere a scrisorii de garanție bancară de bună conduită nr. 118ILGC152220001/10.08.2015, în sensul respectării dispoziției de la art. 271 ind. 1 alin. (5) din ordonanță, conform căreia scrisoarea trebuie să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația va fi respinsă. Actuala redactare a scrisorii menționate nu acoperă plata necondiționată a garanției în ipoteza respingerii contestației. De asemenea, la modul cum este redactată, plata garanției este condiționată (nu necondiționată) de dovada comportamentului necorespunzător al SC ... SRL emisă de o instituție abilitată (nenominalizată), ceea ce excede atât Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cât și art. 2.321 C. civ. (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. Angajamentul astfel asumat se execută la prima și *simpla cerere* a beneficiarului, dacă prin textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel.)

Nici ordonanța, nici Codul civil și nici decizia Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 nu impun autorităților contractante să dovedească băncii vreun comportament necorespunzător al contestatorului atunci când solicită executarea garanției de bună conduită, ci doar apariția unuia dintre cazurile prevăzute de ordonanță de reținere a garanției. Plata de către bancă este necondiționată, nu condiționată de vreo dovadă. Litigiul nu este între autoritatea contractantă și bancă (în fața căreia nu există obligația de a se efectua dovada comportamentului contestatorului), ci între autoritatea contractantă și contestator.

Totodată, scrisoarea de garanție bancară de bună conduită nr. 118ILGC152220001/10.08.2015 trebuie remediată astfel încât să acopere și situația de la art. 271 ind. 1 alin. (6) din ordonanță."

SC ... SRL a răspuns cu adresa nr. 345/17.08.2015, la care a anexat un act de modificare a scrisorii bancare, noul conținut al acesteia fiind:

"Cu privire la procedura de achiziție publică pentru atribuirea "Contractului de furnizare tehnica de calcul si licențe", LOT nr. 7 Achiziție servere, cod CPV 48820000-2 Servere (Rev.2), initiata de ..., ne obligam prin prezenta sa plătim în favoarea achizitorului, suma de 2.903,23 RON (douamiinouasutetreileidouazecisitreibani) din valoarea contractului,

□ necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului insotita de dovada ca S.C. ... S.R.L a avut un comportament necorespunzator, conform celor prevăzute în Decizia Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 publicata în Monitorul Oficial nr. 188 din data de 19.03.2015.

Plata se va face în termenul menționat în cerere, cu anexarea dovezii de comportament necorespunzator al S.C. ... S.R.L, conform prevederilor legale."

Din parcurgerea conținutului revizuit al scrisorii, Consiliul determină că acesta nu corespunde prevederilor legale și nici solicitării sale adresate contestatoarei.

Astfel, deși i s-a pus în vedere explicit că scrisoarea de garanție bancară de bună conduită nr. 118ILGC152220001/10.08.2015 trebuie remediată astfel încât să acopere și situația de la art. 271 ind. 1 alin. (6) din ordonanță – "În cazul în care, în

*ultima zi de valabilitate a garanției de bună conduită, decizia Consiliului sau hotărârea instanței de judecată nu este rămasă definitivă, iar contestatorul nu a prelungit valabilitatea garanției de bună conduită în aceleași condiții de la alin. (1)-(5), autoritatea contractantă va reține garanția de bună conduită." – text care este în vigoare și trebuie să fie aplicat, scrisoarea nu a fost remediată.*

Prin decizia sa nr. 5 din 15 ianuarie 2015, pct. 1 din dispozitiv, Curtea Constituțională a constatat că dispozițiile art. 271 ind. 1 și cele ale art. 271 ind. 2 alin. (3)-(6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 sunt constituționale, deci și textul art. 271 ind. 1 alin. (6) din ordonanță, pe care SC ... SRL a ales să îl ignore.

Este evident că o garanție de bună conduită care nu acoperă toate cazurile stabilite de legiuitor pentru executarea ei nu este o garanție corespunzătoare, validă legal. Presupunând că emitenta SC Alpha Bank Romania SA i-a refuzat contestatoarei emiterea unei scrisori corespunzătoare, nimic nu o oprea pe contestatoare să furnizeze Consiliului o altă garanție, emisă de altă bancă ori de o societate de asigurări sau constituită direct prin virament bancar, în condițiile art. 271 ind. 1 alin. (3), astfel încât să fie validă.

Contestatoarea era datoare să manifeste o minimă diligență în îndeplinirea în termenul acordat a obligațiilor procesuale care îi reveneau, astfel încât Consiliul să primească până la această dată o garanție de bună conduită care să acopere toate cazurile stabilite de legiuitor.

Pe de altă parte, neconformitatea garanției provine și din faptul că aceasta, deși Consiliul a subliniat că trebuie să fie necondiționată, este în continuare condiționată de bancă de prezentarea de către autoritate a unei "*dovezi de comportament necorespunzător al SC ... SRL*". După cum s-a arătat în adresa nr. 8101/...-.../12.08.2015: "*Nici ordonanța, nici Codul civil și nici decizia Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 nu impun autorităților contractante să dovedească băncii vreun comportament necorespunzător al contestatorului atunci când solicită executarea garanției de bună conduită, ci doar apariția unuia dintre cazurile prevăzute de ordonanță de reținere a garanției. Plata de către bancă este necondiționată, nu condiționată de vreo dovadă. Litigiul nu este între autoritatea contractantă și bancă (în fața căreia nu există obligația de a se efectua dovada comportamentului contestatorului), ci între autoritatea contractantă și contestator.*"

Prin decizia nr. 5 din 15 ianuarie 2015, Curtea Constituțională nu a completat cadrul normativ în vigoare în sensul că autoritățile contractante au vreo obligație de a prezenta în fața băncilor dovezi ale comportamentului contestatorilor. Curtea se pronunță numai asupra constituționalității actelor cu privire la care a fost sesizată, fără a putea modifica sau completa prevederile supuse controlului.

În acest sens este și jurisprudența sa constantă, din care se reține decizia nr. 229 din 21 aprilie 2005, prin care Curtea a statuat că "*nu se poate substitui legiuitorului pentru adăugarea unor noi prevederi celor instituite*" și nici "*nu-și poate asuma rolul de a crea, abroga sau de a modifica o normă juridică.*" În caz contrar, instanța de contencios constituțional s-ar transforma într-un legislator pozitiv, ceea ce ar contraveni dispozițiilor art. 61 alin. (1) din Constituție, potrivit cărora "*Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării*".

*"Circumscrișă rolului său de «cvasi legiuitor negativ», Curtea Constituțională nu poate emite noi norme juridice, fie ele și numai cu rol complinitor, și nici să le modifice pe cele existente într-un sistem normativ"* (a se vedea în acest sens și decizia Curții nr. 110 din 5 martie 2013).

Cu alte cuvinte, decizia Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015, invocată în cuprinsul scrisorilor de garanție de bună conduită emise de SC Alpha Bank Romania SA, nu poate reprezenta un temei legal pentru și nici nu instituie pentru autoritățile contractante vreo obligație de a prezenta în fața băncilor garante dovezi ale comportamentului contestatorilor.

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 - art. 2.321 C. civ.

Atât în forma inițială, cât și în cea actuală, scrisoarea de garanție adusă de SC ... SRL nu acoperă plata necondiționată a garanției în ipoteza respingerii contestației, contrar textului constituțional al art. 271 ind. 1 alin. (5) din ordonanță - "*Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă.*"

De asemenea, la modul cum este redactată, plata garanției este condiționată (nu necondiționată) de dovada comportamentului necorespunzător al SC ... SRL, ceea ce excede atât Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cât și art. 2.321 C. civ. Nu se cunosc în ce constă această dovadă și nici care este baza legală care să îndrituiască SC Alpha Bank Romania SA să accepte ori să cenzureze o asemenea dovadă din partea autorității contractante.

Curtea Constituțională a constatat că dispozițiile art. 271 ind. 2 alin. (1) și (2) din ordonanță, care prevăd reținerea necondiționată a garanției de bună conduită în cazul respingerii contestației/cererii/plângerii, sunt neconstituționale întrucât este îngădit accesul liber

la justiție și este afectat și dreptul de proprietate privată prin diminuarea patrimoniului autorului contestației/cererii/plângerii. Din lecturarea atentă a întregii decizii nr. 5 din 15 ianuarie 2015 reiese că instanța constituțională s-a referit exclusiv la *reținerea* necondiționată a garanției de către autoritate, iar nu la *plata* necondiționată de către bănci a sumelor destinate/indisponibilizate cu titlu de garanție către autoritățile contractante beneficiare. Operațiunile de reținere și de plată sunt distincte și nu pot fi confundate, ele având izvoare (cauze) juridice diferite.

Determinând culpa contestatoarei, care nu a reușit să furnizeze Consiliului o garanție de bună conduită corespunzătoare prevederilor legale în vigoare, deși i s-a acordat această șansă prin adresa nr. 8101/...-.../12.08.2015, organul administrativ-jurisdicțional va face aplicarea dispozițiilor imperative ale art. 271 ind. 1 alin. (2) din ordonanța de urgență amintită, potrivit cărora contestația va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției de bună conduită (corespunzătoare), și va constata că SC ... SRL nu s-a conformat obligației de comunicare, în termenul fixat, a respectivei dovezi.

În atari condiții, chestiunea nedovedirii onorării obligației de constituire a unei garanții acoperitoare fiind lichidată, Consiliul se vede nevoit să aplice normele obligatorii ale art. 271 ind. 1 alin. (2) evidențiate mai sus și, pe cale de consecință, să respingă contestația SC ... SRL. Văzând că normele supracitate au prevalență în aplicare și împiedică organul de jurisdicție să analizeze contestația pe fond sau din punct de vedere al excepțiilor, contestația este respinsă indiferent și independent de analiza pe fond a ei.

Constituirea corespunzătoare a garanției de bună conduită și depunerea dovezii în original la autoritatea contractantă (odată cu contestația) și în copie la Consiliu/instanța de judecată reprezintă condiții de admisibilitate a contestației/plângerii, lipsa garanției și/sau a dovezii ducând la respingerea contestației/plângerii - Curtea de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 7506 din 10 octombrie 2014.

Redactată în patru exemplare, conține șase pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**

...