

INSTRUMENTUL DE  
CUMPARARE PENTRU CETA  
Inscripție nr. 118/147  
20 09 Anul 2023  
BAP

schönherr

[REDACTED]		
INTRARE	Nr.	910
IEȘIRE		
Ziua	18	Luna 09 Anul 2023

**CĂTRE:** Curtea de Apel IAȘI  
Secția de Contencios Administrativ și Fiscal  
Iași, Str. Elena Doamna nr. 1A, cod 700398, județul Iași  
E-mail: [ca-iasi@just.ro](mailto:ca-iasi@just.ro), [ca-iasi-registratura@just.ro](mailto:ca-iasi-registratura@just.ro)

**SPRE ȘTIINȚA:** Municipiul Iași ("**Autoritatea contractantă**")  
Iași, Ștefan cel Mare și Sfânt nr. 11, 700064, România  
E-mail: [licitatii@primaria-iasi.ro](mailto:licitatii@primaria-iasi.ro)

**SPRE ȘTIINȚA:** [REDACTED] ([REDACTED])  
sau "**Intervenienta**")  
[REDACTED]  
[REDACTED] (sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură)  
E-mail: [REDACTED].m

**SPRE ȘTIINȚA:** Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (Dosar nr.  
2030/C5/2023)  
București, Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, 030084  
E-mail: [office@cnsr.ro](mailto:office@cnsr.ro)

**REFERITOR LA:** Plângere în temeiul Legii 101/2016 împotriva Deciziei CNSC nr.  
2044/C5/2030 din 01.09.2023 – privind procedura de atribuire  
având anunț de participare nr. CN1055429/20.05.2023 ("**Proce-  
dura**")

**DOAMNĂ PREȘEDINTE,**

Subscrisa, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] cu sediul în [REDACTED]  
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]  
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED],

reprezentată legal de către [REDACTED] (Președinte C.A.) și dl. [REDACTED] [REDACTED] (Vicepreședinte al C.A.), (denumită în continuare "[REDACTED]" în calitate de contesta-  
toare și participantă în cadrul Procedurii,

**reprezentată conventional prin [REDACTED] (cu împuternicire avo-  
cațială anexată prezentei), cu sediul procesual ales în [REDACTED] [REDACTED]  
[REDACTED] la sediul [REDACTED] [REDACTED], persoane însărcinate  
cu primirea corespondenței [REDACTED] n [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], e-  
mail: [REDACTED]@[REDACTED].[REDACTED].[REDACTED]**

cu referire la procedura de atribuire a unui Contract având ca obiect „Furnizare 18 tramvaie  
aferele proiectului "Achiziție de mijloace de transport public – tramvaie 22 m la nivelul  
Municipiului Iași", procedură organizată în baza Legii nr. 98/2016, de Autoritatea contrac-  
tantă, având anunț de participare nr. **CN1055429/20.05.2023** („Procedura”),

formulăm în temeiul art. 29 și urm. 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 organi-  
zarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (denumită în con-  
tinuare „**Legea 101/2016**”), astfel cum aceasta a fost modificată,

*prezenta:*

## PLÂNGERE

**împotriva Deciziei CNSC nr. 2044/C5/2030 din 01.09.2023** (denumită în continuare  
„**Decizia**”, **Anexa 1**), prin care vă solicităm ca prin hotărârea pe care o veți pronunța să  
dispuneți:

- I. **Admiterea plângerii formulate împotriva Deciziei, anularea Deciziei atacate și admiterea contestației formulate de [REDACTED] (Anexa 2), cu consecința:**
  - a) **anulării parțiale a procesului-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 89214/10.07.2023** (denumit în continuare "**Procesul-Verbal**", **Anexa 3**) **în ceea ce privește declararea garanției de participare depuse de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] drept valabilă și legală, cu consecința declarării ofertei [REDACTED] în mod nelegal drept admisibilă/ acceptabilă și anularea oricăror alte acte**

**juridice subsecvente emise de Autoritatea contractantă în acest sens;**

- b) obligării Autorității contractante la reevaluarea ofertei înaintate de [REDACTAT] a din perspectiva admisibilității/ acceptabilității acesteia cu reținerea faptului că garanția de participare depusă de [REDACTAT] a (Anexa 4) nu este valabilă și este lovită de nulitate absolută, atrăgând astfel necesitatea respingerii ofertei acestui ofertant de la Procedură;**

- II. În subsidiar, în măsura în care onorata instanță va considera Decizia ca fiind legală și temeinică, cu menținerea concluziei că garanția de participare depusă de [REDACTAT] a ar fi guvernată de legea croată, solicităm dispunerea reevaluării de către Autoritatea contractantă a instrumentului de garantare, cu consecința declarării ofertei [REDACTAT] a ca inadmisibilă/ inacceptabilă din perspectiva nerespectării condițiilor imperative impuse prin documentația de atribuire în ceea ce privește legea aplicabilă garanției de participare.**

*pentru următoarele:*

## **MOTIVE**

### **I. Esența pricinii și a plângerii formulate de [REDACTAT]**

1. În data de 20.05.2023 Autoritatea Contractantă a publicat anunțul de participare nr. CN1055429/20.05.2023 pe website-ul [www.e-licitatie.ro](http://www.e-licitatie.ro) în legătură cu „Furnizare 18 tramvaie aferente proiectului "Achiziție de mijloace de transport public – tramvaie 22 m la nivelul Municipiului Iași" Cod CPV principal – 34622100-4 Vagoane de tramvai (Rev.2), cu o valoare estimată a achiziției de 177.217.200 LEI fără TVA; procedura de atribuire nu a fost structurată în loturi.
2. Ca răspuns la Anunțul de participare nr. CN1055429/20.05.2023, Subscrisa a depus ofertă semnată cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, respectând termenul limită de depunere a ofertelor.
3. Conform Procesului-Verbal, comisia de evaluare numită în cadrul Procedurii a consemnat fișierele prezentate de către fiecare ofertant.

4. Comisia de evaluare a verificat îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, prin verificarea informațiilor preliminare prezentate de candidați în DUAЕ 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.
5. În urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, Autoritatea contractantă a stabilit că [REDACTED] a îndeplinit condițiile de participare și oferta transmisă de subscrisa a fost declarată admisibilă.
6. De asemenea, tot în cadrul Procesului-Verbal, Autoritatea Contractantă a procedat la evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care-l însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, statuând că atât [REDACTED] cât și celălalt ofertant, anume [REDACTED] am 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 ofertanti.**
7. Astfel, subliniem că tot în cadrul Procesului-Verbal, comisia de evaluare a concluzionat că oferta [REDACTED] este acceptabilă/ admisibilă, **fără a transmite în termenul legal o solicitare de clarificări adresată [REDACTED]** prin care să se clarifice îndeplinirea condițiilor de fond și formă aferente elaborării și prezentării ofertei/ a garanției de participare prezentată de [REDACTED]
8. Mai departe, atât în cadrul contestației introductive, cât și în cadrul notelor scrise ulterioare, [REDACTED] a prezentat pe larg și în mod argumentat considerentele pentru care apreciază că **emitentul scrisorii de garanție depuse de [REDACTED] NU are capacitatea de a presta servicii în mod direct în România, respectiv pentru care consideră că acesta nu are capacitatea de a emite instrumente de garantare în România – respectiv pentru că acesta nu a urmat procedura de notificare obligatorie impusă de art. 45 din OUG 99/2006 privind institutiile de credit si adecvarea capitalului.**
9. Astfel, [REDACTED] a considerat în mod temeinic faptul că Autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 132 alin. (3) din H.G. 395/2016, respectiv nu a solicitat clarificările impuse **în termenul 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 cu privire la cuantumul sau valabilitatea acesteia – aspect ce în ipoteza unui comportament legal al

Autorității contractante, ar fi reclamat aplicarea sancțiunii respingerii ofertei transmise de [REDACTAT] ca **inacceptabilă**.

10. În privința acestui aspect, având în vedere necesitatea constituirii unei garanții de participare eficace, Autoritatea contractantă nu a făcut niciun demers pentru a clarifica valabilitatea garanției de participare constituite de [REDACTAT] prin 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 [REDACTAT] cu nesocotirea astfel a prevederilor imperative ale alin. (3) art. 132 din HG 395/2016 și ale OUG 99/2006.
11. Față de cele de mai sus, atât Autoritatea contractantă, cât și [REDACTAT] au înaintat punct de vedere/ cerere de intervenție, prin care au prezentat propriile argumente pentru care contestația subscrisei ar trebui respinsă, fie pe cale de excepție (inadmisibilă și prematură), fie ca nefondată.
12. În urma comunicării către [REDACTAT] a punctului de vedere/ cererii de intervenție, subscrisa a formulat concluzii scrise față de fiecare dintre acestea, concluzii scrise prin care și-a prezentat contraargumentele pentru care apărările invocate de Autoritatea contractantă/ [REDACTAT] ar trebui respinse ca neîntemeiate, cu consecința admiterii contestației formulate de [REDACTAT]

## II. Contextul formulării prezentei plângeri – cele reținute de CNSC

13. În data de 01.09.2023, CNSC a pronunțat Decizia nr. 2044/C5/2030 în dosarul CNSC nr. 2030/C5/2023, decizie prin care a decis „respingerea ca nefondată a contestației formulate de [REDACTAT] în contradictoriu cu Municipiul IAȘI, în calitate de autoritatea contractantă, respectiv admiterea cererii de intervenție formulate de [REDACTAT] [REDACTAT]”
14. În motivarea deciziei privind Contestația înaintată de [REDACTAT] CNSC a reținut următoarele motive cu care suntem de acord și pe care le apreciem legale și temeinice:
  - i. Procesul-verbal atacat de [REDACTAT] reprezintă, în acord cu jurisprudența constantă a CJUE, un „act comunicat operatorilor economici **care poate face obiectul contestației**” (paginile 34 - 36 ale Deciziei);
  - ii. Cu privire la excepția prematurității contestației, Consiliul reține că „în condițiile în care actul atacat există și a fost comunicat părților, **contestația nu poate fi considerată prematură**” (pagina 36 a Deciziei).

15. În schimb, tot în motivarea deciziei sale, CNSC a reținut și motivele următoare pe care le apreciem **nelegale și netemeinice, respectiv motive eronate care în mod gresit au condus la respingerea contestației înaintată de** [REDACTED] Mai departe indicăm concis aceste motive reținute de CNSC în decizia de respingere a contestației [REDACTED] (acestea fiind identificabile începând cu pagina 36 a Deciziei ata-cate):

- a) *„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”) (pagina 37/41 a Deciziei);*
- b) *„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” (paginile 37 și 38/41 ale Deciziei);*
- c) *„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” (pagina 38/41 a Deciziei);*
- d) *„**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” (pagina 38/41 a Deciziei);***

- e) **„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 economici români nu ar putea participa la proceduri din alte state membre” (pagina 38/41 a Deciziei);
- f) **(!!!) „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 (NOTĂ - LEGEA 105/1992 ESTE ABROGATĂ DIN ANUL 2013)**, cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, care stabilește următoarele (...):
- Art. 77 „În lipsa unei legi alese conform art. 73, contractul este supus legii statului cu care prezintă legăturile cele mai strânse. Se consideră că există 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.**
- (...)
- Art. 103 „În lipsă de lege convenită de părți se aplică:**
- 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” (paginile 38 și 39/41 ale Deciziei);
- g) **„Prin urmare, legea aplicabilă garanției nu este legea română, ci legea croată, autoritatea publică din România fiind doar beneficiar al garanției”** (pagina 39/41 a Deciziei);
- h) **„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”** (pagina 39/41 a Deciziei);
- i) **„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." (pagina 39/41 a Deciziei).*

### **III. Nelegalitatea Deciziei CNSC**

16. În cele ce urmează vom prezenta punctual criticile noastre referitoare la Decizia dispusă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor pe care o apreciem ca fiind pronunțată în condiții de nelegalitate, cu depășirea limitei investiției și cu încălcarea normelor aplicabile în materie.
17. În concret, astfel cum rezultă din contestația introductivă, Consiliul a fost investit cu criticile promovate de petentă referitoare la:
  - a) nelegalitatea și nevalabilitatea garanției de participare depuse de [REDACTED] [REDACTED] în cadrul Procedurii; respectiv
  - b) necesitatea obligării Autorității contractante la reevaluarea ofertei înaintate de [REDACTED] din perspectiva admisibilității/ acceptabilității acesteia cu reținerea faptului că garanția de participare depusă de [REDACTED] [REDACTED] nu este valabilă și este lovită de nulitate absolută, atrăgând astfel necesitatea respingerii ofertei acestui ofertant de la Procedură.

#### **III.1. Depășirea limitei investiției de către CNSC**

18. Astfel, s-a solicitat Consiliului să se pronunțe asupra legalității și valabilității garanției de participare depuse de [REDACTED] în cadrul Procedurii, respectiv asupra necesității obligării întintatei la reevaluarea ofertei [REDACTED] exclusiv în legătură cu aceste critici.
19. Ceea ce nu reiese din cadrul Deciziei, este tocmai concluzia completului CNSC cu privire la **legalitatea și valabilitatea garanției de participare guvernată de legea croată, garanție depusă de [REDACTED]** în cadrul Procedurii.
20. Astfel, **nicăieri în cadrul motivării Deciziei nu se regăsesc concluziile CNSC privind legalitatea și valabilitatea unui instrument de garantare prezentat**



**de unul dintre ofertanți, instrument ce, susține CNSC, este guvernat de o lege străină** (în accepțiunea CNSC, legea croată).

21. Din această perspectivă, **chiar dacă nu putem fi de acord cu această concluzie evident și lesne de observat ca eronată a Consiliului privind legea ce guvernează instrumentul de garantare prezentat de** [REDACTED], apreciem că și într-un atare scenariu ca cel reținut de CNSC, un instrument de garantare guvernat de o lege străină nu ar putea fi considerat valabil și legal din moment ce Autoritatea contractantă nu ar putea să cunoască prevederile legii străine, respectiv din moment ce aceasta a stabilit că legea aplicabilă procedurii de atribuire (și implicit tuturor actelor conexe) să fie legea română – acest aspect fiind expres solicitat prin documentația de atribuire și prin fișa de date a Procedurii de către Autoritatea contractantă.
22. O altă întrebare la care nu s-a răspuns de către CNSC, în măsura în care s-ar accepta în mod greșit că instrumentul de garantare prezentat de [REDACTED] ar fi guvernat de legea croată, ar fi dacă instrumentul de garantare este apt a întruni condițiile imperative cerute de legislația aplicabilă procedurii de atribuire, respectiv de prevederile Legii 98/2016 și ale HG 395/2016.
23. În aceste circumstanțe, se desprinde cu forța evidenței că au fost depășite limitele investiției, Consiliul din oficiu nu a procedat la analizarea valabilității și legalității instrumentului de garantare prezentat de [REDACTED] acesta rezumându-se numai la opinarea **asupra legii** ce guvernează instrumentul prezentat de [REDACTED] **fără a emite expressis verbis o decizie/ opinie cu privire la legalitatea și valabilitatea instrumentului de garantare criticat de subscrisa**, chiar dacă petenta nu a solicitat examinarea speței din această perspectivă.
24. Completul investit cu soluționarea pricinii a dat mai mult decât ceea ce s-a solicitat, caz în care este cât se poate de clar că **soluția dispusă prin Decizia atacată este vădit nelegală** fiind dată cu încălcarea regulilor de procedură și a principiilor de drept unanim recunoscute.
25. Astfel cum vom arăta în secțiunea III.3 de mai jos, în ipoteza puțin probabilă în care onorata instanță va considera decizia CNSC legală, cu consecința menținerii concluziei potrivit căreia instrumentul de garantare depus de [REDACTED] în cadrul procedurii este guvernat de legea croată, solicităm instanței să dispună reevaluarea de către Autoritatea contractantă a instrumentului de garantare, cu consecința declarării ofertei [REDACTED] ca inadmisibilă/inacceptabilă din perspectiva

nerespectării condițiilor imperative impuse prin documentația de atribuire în ceea ce privește legea aplicabilă instrumentului de garantare.

### III.2. Decizia CNSC nesocotește și încalcă normele aplicabile în materie

26. În cadrul Deciziei CNSC, începând cu pagina 36/41 a acesteia, ca o abordare nelegală și lipsită de orice minimă diligență juridică, Consiliul reține aplicabilitatea unor prevederi din cadrul Legii nr. 105 din 22 septembrie 1992, cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat.
27. În mod total curios, Consiliul apreciază aplicabile prezentei spețe prevederi normative ce au fost **ABROGATE DIN ANUL 2013**.
28. În temeiul acestei „dezlegări” date de Consiliu speței deduse judecății, acesta apoi reține în mod total surprinzător că **„legea aplicabilă garanției nu este legea română, ci legea croată, autoritatea publică din România fiind doar beneficiar al garanției”** (pagina 39/41 a Deciziei).
29. Trecând peste faptul că petenta nu a investit completul cu o asemenea critică referitoare la stabilirea **legii aplicabile garanției prezentată de [REDACTAT]**, **concluzia CNSC privind acest aspect este una manifest și elementar greșită și falsă**.
30. Instrumentul de garantare prezentat de [REDACTAT] - instrument ce ar fi fost obligatoriu să facă obiectul analizei CNSC pentru pronunțarea unei decizii temeinice și legale – **lucru ce evident nu s-a întâmplat**, cuprinde *expressis verbis* o informare cu privire la faptul că:  
**„Legea aplicabilă prezentei garanții de participare este legea română”<sup>1</sup>**
31. Este astfel evident, și din această perspectivă, că forul administrativ-jurisdicțional în mod nelegal a concluzionat și ulterior a procedat la reținerea unei împrejurări care nu corespunde realității, împrejurare ce mai departe a stat la baza întregului raționament pentru care Consiliul a respins ca nefondată contestația formulată de petentă.
32. De asemenea, Subscrisa apreciază că nicăieri în cadrul Deciziei, Consiliul nu a decis asupra legalității deciziei Autorității contractante de a declara garanția înaintată de Bozankaya ca fiind acceptabilă/ admisibilă, critică formulată expres de către petentă

---

<sup>1</sup> A se vedea în acest sens Scrisoarea de Garanție Bancară nr. 8799023893 emisă de Kent Bank DD - pagina 219 a dosarului constituit pe rolul CNSC.

- și care în mod rezonabil trebuia să primească o dezlegare expresă din partea Consiliului.
33. La soluționarea contestației, Consiliul nu a analizat niciun argument prezentat de petentă privind aplicarea prevederilor imperative referitoare la **autorizarea și capacitatea** necesară pentru a presta în mod legal servicii de creditare sub forma emiterii unor scrisori de garanție bancară pe teritoriul României (**căroră li se aplică LEGEA ROMÂNĂ**), respectiv cu privire la necesitatea urmării procedurii obligatorii de notificare reglementată de art. 45 din OUG 99/2006.
34. Întreg raționamentul logico-juridic prezentat de petenta cu privire la faptul că banca intitulată „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, nu a făcut obiectul analizei Consiliului, nici măcar la nivel superficial.**
35. **Pentru claritate, indicăm mai jos de o manieră cât se poate de concisă și clară, principalele prevederi normative ce permit o singură concluzie, și anume, că instrumentul de garantare emis de Kent Bank DD este lovit de nulitate absolută.**
36. Astfel, conform art. 154 alin. (4) din Legea 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; [...]”*
37. Mai clar, 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**.
38. Potrivit 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 prudențială 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, în cadrul Titlului V *Dispoziții privind libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii*, articolul 33 *Instituții de credit*:

**„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.”**

39. În continuare, în ceea ce privește prestarea serviciilor în mod direct, articolul 39 din Directiva 2013/36/UE stabilește că:

**„Orice instituție de credit care dorește să își exercite pentru prima dată libertatea de a presta servicii pe teritoriul unui alt stat membru *notifică în acest sens autoritățile competente din statul membru de origine în legătură cu activitățile menționate în anexa I pe care dorește să le desfășoare.*”**

40. Precizăm, pentru claritate, că serviciile prevăzute în Anexa I (*Lista activităților care fac obiectul recunoașterii reciproce*) la Directiva 2013/36/UE includ la punctul 6: *„Garanții și angajamente”*.
41. 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.**
42. Așa cum am arătat și în cadrul contestației introductive, această obligație de notificare a fost transpusă și în legislația națională.
43. Potrivit OUG 99/2006 *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 coroborat cu art. 49<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> Prevederi similare sunt cuprinse și în art. 9 al Regulamentului BNR 10/2006 privind notificarea sucursalelor instituțiilor de credit și a prestării de servicii în mod direct, care stabilește că: *„Instituțiile de credit autorizate și supravegheate de autoritățile competente din alte state membre **pot desfășura în România, printr-o sucursală sau în mod direct, una sau mai multe activități prevăzute în autorizația acordată de***

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) lit. a) -n)**<sup>3</sup> **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.”

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 institutia de credit intenționează să le desfășoare în România.**”

44. 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.**
45. Astfel, 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 institutia de credit este organizată NU este suficientă pentru**

---

**autoritatea competentă din statul membru de origine, pe baza notificării transmise Băncii Naționale a României – Direcția supraveghere** de către autoritatea competentă din statul membru de origine, cu respectarea dispozițiilor din secțiunea 1 a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006.”

<sup>3</sup> Pentru claritate, art. 18 alin. (1) lit. f) din OUG 99/2006 stabilește, printre lista de activități : „f) emitere de garanții și asumare de angajamente”.

**prestarea în mod legal a serviciilor într-un alt stat membru, astfel cum rezultă din prevederile mai sus citate.**

46. Mai departe, potrivit art. 207 Cod civil:

„(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.”

47. Astfel, Codul Civil 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**.

48. Astfel, reiterăm **concluzia prezentată în cadrul contestației, respectiv că:**

- (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) OUG 99/2006 stabilește, cu titlu de obligatie imperativă, că furnizarea de servicii (**incl. 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 OUG 99/2006 și înregistrarea acelei institutii 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 institutiei de credit** din alt stat membru de a desfășura activități în România, și, pe cale de consecință, **nulitatea absolută a garanției de participare**.

49. Astfel cum am arătat mai sus, Kent Bank DD, emitentul garanției de participare depusă de [REDACTED] 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.**

50. Mai mult, precizăm că 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/Registre-si-Liste-717-Mobile.aspx#AI>);
  - (ii) **NU se regăsește** în registrul BNR, Secțiunea II - *Sucursale ale instituțiilor de credit din alte state membre.*
51. Astfel, 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 OUG 99/2006.
52. 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.
53. Arătăm că atât Autoritatea contractantă, cât și Consiliul, au realizat o analiză superficială a garanției de participare prezentată de [REDACTED] concluzionând greșit și nelegal că nu există neconformități privind garanția de participare prezentată de [REDACTED]
54. În concluzie, având în vedere toate argumentele prezentate *supra*, apreciem că se impune ca aceasta modalitate nelegală de soluționare a contestației să fie cenzurată și corectată de instanța de control judiciar, motiv pentru care vă solicităm admiterea plângerii astfel cum a fost formulată.

### **III.3. În subsidiar, în măsura în care concluzia CNSC ar fi menținută, instrumentul de garantare nu respectă cerințele documentației de atribuire**

55. În măsura în care onorata instanță va considera decizia CNSC nr. 2044/C5/2030 ca fiind legală și temeinică și ar fi menținută concluzia CNSC conform căreia instrumentul de garantare depus de [REDACTED] ar fi guvernat de legea croată, rugăm



onorata instanță să constate că acest lucru atrage ca o consecință directă inadmisibilitatea instrumentului de garantare.

56. Potrivit documentației de atribuire, Formularul nr. 4 (*Scrisoare de garanție bancară*) (**Anexa 5**), Autoritatea contractantă a impus drept cerință obligatorie ca legea aplicabilă garanției de participare să fie legea română:

Legea aplicabila prezentei garanții de participare este legea romana.

Competente sa solucioneze orice disputa izvorăta în legătura cu prezenta garanție de participare sunt instanțele judecătorești din Romania.

57. Prin urmare, în ipoteza în care concluzia CNSC ar fi menținută (cu autoritate de lucru judecat), iar legea aplicabilă garanției de participare depusă de [REDACTED] ar fi legea croată, garanția de participare **nu ar respecta cerintele obligatorii ale documentației de atribuire.**
58. Astfel, în subsidiar, în ipoteza menținerii soluției CNSC, solicităm onoratei instanțe dispunerea reevaluării de către Autoritatea contractantă a instrumentului de garantare, cu consecința declarării ofertei [REDACTED] ca inadmisibilă/inacceptabilă din perspectiva nerespectării condițiilor imperative impuse prin documentația de atribuire în ceea ce privește legea aplicabilă instrumentului de garantare.

**ÎN DREPT**, ne întemeiem prezenta plângere pe dispozițiile legale invocate în cuprinsul acesteia, 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.

**PROBE:** înscrisuri (inclusiv cele aflate la dosarul achiziției, precum și cele atașate prezentei Plângeri).

**Anexe:**

Anexa 1 – Decizia CNSC nr. 2044/C5/2030.

Anexa 2 – Contestația formulată de subscrisa cu privire la procesului-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 89214/10.07.2023.

Anexa 3 - Procesul-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 89214/10.07.2023.

Anexa 4 – Instrumentul de garantare depus de [REDACTED] în cadrul Procedurii.

Anexa 5 – Formularul nr. 4 parte din documentația de atribuire a Procedurii.

\* \* \* \*



În conformitate cu prevederile art. 30 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, am procedat la transmiterea unui exemplar al plângerii și către CNSC, pentru ca acest organism să transmită instanței de judecată o copie a dosarului în soluționare.

De asemenea, conform art. 31 din Legea 101/2016, prezenta plângere a fost comunicată și autorității contractante, respectiv intervenientei, iar comunicarea s-a realizat prin intermediul curierului poștal, precum și prin intermediul poștei electronice.

