



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. 632/C1/494

Data: 16.04.2020

Prin contestația nr. 1030/20.03.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 11227/20.03.2020, formulată de SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL cu sediul în, str. Soveja, nr. 111-113, camera 6, etj. 2, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO31728765, cu adresa de corespondență la, în, B-dul Octavian Goga nr. 2, CCIR Business Center, Tronson III, et. 10, sector 3, împotriva documentației de atribuire pentru Lotul 1 -, întocmită de către SOCIETATEA DE DISTRIBUȚIE A ENERGIEI ELECTRICE TRANSILVANIA SUD SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în, str. Luchian Ștefan, pictor, nr. 25, jud., în cadrul procedurii licitație deschisă având ca obiect „Servicii de pază și protecție cu un operator uman la obiectivele aflate în proprietatea SDEE TRANSILVANIA SUD SA”, cod CPV: 79713000-5, s-a solicitat:

- în principal, obligarea entității contractante la completarea cerințelor capitolului 3, pct.3.2 lit. s) din Caietul de sarcini - cerințe minime obligatorii, a modificării și prelungirii termenului de depunere a ofertelor și a încheierii contractului cu ofertantul declarat câștigător, pentru Lotul 1,

- în subsidiar, în măsura în care actul vătămător nu mai poate fi remediat, anularea procedurii de atribuire a contractului, pentru Lotul 1.

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

În fapt contestatorul precizează că entitatea contractantă a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pe 6 loturi, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect: „Servicii de pază și protecție cu un operator uman la obiectivele aflate în proprietatea SDEE Transilvania Sud SA”, cod CPV 79713000-5, lotul 1 -, având o valoare estimată, fără TVA de 1.288.631,81 RON, iar criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul precizează că pentru Lotul 1 -, prin cerințele prevăzute la capitolul 3, pct.3.2 lit. s) din caietul de sarcini, entitatea contractantă a solicitat ofertanților să prezinte avizul pozitiv de la ORNISS, pentru nivelul maxim de secretizare al entității contractante, după cum urmează:

„(...) s) în conformitate cu Legea nr. 182/2002 și HG nr. 585/2002 pentru aprobarea Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate în România ce cuprind normele de aplicare a legii 182/2002 și HGR nr. 781/2002 privind protecția informațiilor secrete de serviciu, are următoarele obligații

- personalul inclus în sistemul de pază și apărare a obiectivelor, sectoarelor și locurilor în care sunt gestionate informații secrete de stat trebuie să dețină autorizație de acces corespunzător nivelului de secretizare a informațiilor necesare îndeplinirii atribuțiilor ce îi revin:

- să aibă personal calificat, care să poată fi recomandat pentru procedura de autorizare acces informații clasificate, conform prevederilor din planurile de pază ale obiectivelor întocmite cu ajutorul beneficiarului și să prezinte avizul pozitiv de la ORNISS, pentru nivelul maxim de secretizare al entității contractante (...).

Contestatorul susține că, în calitate de operator interesat a solicitat entității contractante clarificări și informații suplimentare în legătură cu cerințele de la lit. s, pct. 3.2., al capitolului 3 din caietul de sarcini, respectiv a învederat entității contractante obligațiile ce îi incumbă în

legătură cu modul de întocmire a documentației de atribuire și a modalităților de modificare și prelungire a termenelor pentru întocmirea și depunerea ofertelor de către cei interesați, potrivit art. 162 și următoarele din Legea nr. 99/2016.

De asemenea, arată că prin răspunsul la solicitările de clarificări, transmise în condițiile antemenționate, entitatea contractantă i-a învederat obligația ca, la depunerea ofertei, să dețină avizul pozitiv de la ORNISS, potrivit art. 104 din Hotărârea nr. 585/2002, aviz pozitiv prin care aceasta înțelege „documentul care dovedește acceptul Autorității Desemnate de Securitate pentru eliberarea certificatului/autorizației de securitate în urma verificărilor efectuate asupra persoanei în cauză, cu acordul scris al acesteia” și, de asemenea, că nu înțelege ai încumba obligația să remedieze documentația de atribuire, respectiv de a o modifica în raport de dispozițiile art. 163 din Legea nr. 99/2016, astfel încât ofertanții să aibă timpul necesar pentru întocmirea ofertelor acestora la o manieră adecvată, potrivit legii.

Invocând dispozițiile art. 8, art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 3 alin. (1) lit. r) și s) din Legea nr. 99/2016 contestatorul susține că CNSC trebuie să verifice contestația împotriva actului autorității contractante contestat atât pentru motive de nelegalitate cât și pentru motive de netemeinicie.

Contestatorul redă cerința caietului de sarcini prevăzută la cap. 3 pct. 3.2 lit. s) și răspunsul entității contractante la solicitările de clarificări considerând că Consiliul este chemat să verifice actul autorității contractante sub 2 aspecte, după cum urmează:

În primul rând, având în vedere și răspunsul la solicitările de clarificare, dat potrivit dispozițiilor art. 172 din Legea nr. 99/2016, solicită să se verifice dacă documentația de atribuire a fost întocmită cu respectarea exigențelor dispozițiilor art. 162, art. 163 și următoarele din Legea nr. 99/2016, respectiv dacă intervalul cuprins între data publicării anunțului de participare și data stabilită pentru depunerea ofertelor pentru lotul 1 -, asigură operatorului interesat posibilitatea întocmirii ofertei la o manieră adecvată, în condiții de concurență loială, având în vedere că termenul legal pentru obținerea avizului de securitate pentru acces la informații secrete este de 30 zile lucrătoare, potrivit art. 148 alin. (2) lit. c) din Hotărârea nr. 585/2002.

În al doilea rând, solicită Consiliului să verifice în ce măsură documentația de atribuire, în privința lotului 1, astfel cum a fost modificată și completată prin răspunsul la solicitările de clarificări respectă legislația și procedura de obținere a avizului de securitate pentru acces la informații secrete, astfel cum este prevăzută de Legea nr. 182/2002 și Hotărârea nr. 585/2002.

Contestatorul consideră că intervalul cuprins între data publicării anunțului de participare, 18.02.2020 și termenul stabilit pentru depunerea ofertelor, data de 24.03.2020, nu este acoperitor față de termenul legal de 30 zile lucrătoare prevăzut de dispozițiile art. 148 alin.

(2) lit. c) din Hotărârea nr. 585/2002, pentru obținerea avizului de securitate privind accesul la informații secrete, astfel că operatorii interesați să participe la procedură (Lotul 1 -), nu beneficiază de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție, documentația achiziției fiind întocmită cu nesocotirea dispozițiilor art. 162 din Legea nr. 99/2016.

În opinia sa, concluzia de mai sus se impune cu atât mai mult cu cât prin răspunsul la solicitările de clarificări, entitatea îi informează suplimentar că solicită depunerea avizului de securitate împreună cu oferta, deși în caietul de sarcini la lit. s) a pct. 3.2. din capitolul 3, a solicitat inițial ca ofertantul să „(...) aibă personal calificat, care să poată fi recomandat pentru procedura de autorizare acces informații clasificate, conform prevederilor din planurile de paza ale obiectivelor întocmite cu ajutorul beneficiarului (...)”, ceea ce l-a îndrituit să presupună că procedura de obținere a avizului de securitate are loc după stabilirea câștigătorului și încheierea contractului sub rezerva sau, după caz, sub condiție suspensivă până când acesta din urmă obține avizul de securitate.

În lumina considerentelor ce preced, consideră că la fel de criticabil apare și refuzul autorității de a lua măsuri de remediere a documentației, în sensul prelungirii termenelor potrivit art. 163 din Legea nr. 99/2016 și Hotărârea nr. 394/2016, ceea ce face posibilă și admisibilă în opinia sa prezenta contestație și impune obligarea autorității să remedieze deficiențele anterior amintite, astfel încât operatorii economici interesați să participe la procedură să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției.

Altminteri, în condițiile în care nu asigură prin documentație un interval care să respecte cel puțin termenul legal pentru obținerea

avizelor de securitate necesare în vederea participării la licitație este evident în opinia sa că se va afecta concurența loială și vor fi nesocotite principiile stabilite la art. 2 din Legea nr. 99/2016.

Contestatorul precizează că în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016, „(...) criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise (...)”. Or în cazul de față toate criteriile specificate în condițiile de mai sus în caietul de sarcini nu se găsesc și în anunțul de participare și ca atare ar trebui să fie considerate clauze nescrise.

De asemenea în continuare arată că între documentația de atribuire și legislația ce reglementează procedura de obținere a avizului de securitate există o serie de neconcordanțe de natură a afecta posibilitatea operatorilor interesați de procedură de a-și întocmi ofertele și de a pregăti documentele de calificare și selecție în conformitate cu documentația de atribuire.

Totodată, arată că nu mai puțin adevărat, așa cum susține și entitatea contractantă, este faptul că potrivit art. 104 din Hotărârea nr. 585/2002, personalul inclus în sistemul de pază și apărare a obiectivelor, sectoarelor și locurilor în care sunt gestionate informații secrete de stat trebuie să dețină autorizație de acces corespunzător nivelului de secretizare a informațiilor necesare îndeplinirii atribuțiilor ce îi revin, însă tot prin Hotărârea nr. 585/2002, art. 140 și următoarele, se prevede o procedură riguroasă de obținere a avizului de securitate, procedură de care entitatea nu a ținut cont la întocmirea documentației de atribuire.

Contestatorul susține că din interpretarea sistematică a dispozițiilor legale reiese că procedura de protecție a personalului (care presupune și avizarea și autorizarea accesului la informațiile secrete de stat conform alin. (3) al art. 140 din Hotărârea nr. 585/2002), reprezintă o obligație a unității deținătoare de informații secrete de stat, care prin conducătorul ei solicită în scris ORNISS, conform anexei nr. 14, efectuarea verificărilor de securitate asupra persoanei care urmează să aibă acces la informații secrete de stat (a se vedea alin. (2) al art. 141 din Hotărârea nr. 585/2002).

Abia apoi, așa cum rezultă și din dispozițiile art. 141 alin.(4) și (5) din Hotărârea nr. 585/2002, în funcție de avizul comunicat de autoritatea desemnată, ORNISS va aproba eliberarea certificatului de securitate sau autorizației de acces și va încunoștiința oficial conducătorul unității. „(5) După obținerea aprobării menționate la alin. (4), conducătorul unității va notifica la ORNISS și va elibera certificatul de securitate sau autorizația de acces, conform art. 154”.

Așadar, operatorul interesat să participe la procedură nu poate fi considerat unitate deținătoare de informații secrete de stat, în accepțiunea dispozițiilor art. 140 și următoarele din Hotărârea nr. 585/2002 astfel că nu are deschisă calea procedurile enunțate anterior în

ceea ce privește obținerea avizului de securitate, solicitantul fiind calificat, unitatea deținătoare de informații secrete de stat, calitate care nu poate fi obținută doar prin prisma interesului de a participa la o procedură.

Pentru toate aceste considerente de fapt și de drept solicită admiterea contestației, obligarea entității contractante la completarea cerințelor Capitolului 3, pct.3.2 lit. s) din caietul de sarcini - cerințe minime obligatorii, respectiv obligarea entității contractante la modificarea și prelungirea termenului de depunere a ofertelor și a încheierii contractului cu ofertantul declarat câștigător și, în subsidiar, în măsura în care actul vătămător nu mai poate fi remediat, anularea procedurii de atribuire a contractului.

În continuare contestatorul prezintă motivarea în susținerea cererii de suspendare a procedurii până la soluționarea fondului cauzei (motivarea a fost avută în vedere la emiterea încheierii nr. 570/C1/494/27.03.2020).

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 11818/25.03.2020, SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206190517/1, tranzacția: 955533924/1720215558 din data de 25.03.2020, emisă de CEC Bank – sucursala Victoria, în valoare de 25.772,63 lei.

Prin adresa nr. 276737/23.03.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 7000/26146/24.03.2020, entitatea contractantă transmite punctul de vedere asupra contestației (ulterior prin corespondența e-mail înregistrată la Consiliu sub nr. 13769/08.04.2020 a transmis dosarul achiziției) solicitând respingerea acesteia pe cale de excepție ca fiind tardivă iar pe fond ca neîntemeiată având în vedere următoarele aspecte:

1. Excepția tardivității introducerii contestației.

În scopul dovedirii tardivității introducerii contestației entitatea contractantă consideră că este necesar să facă o scurtă prezentare a succesiunii evenimentelor, astfel:

- în data de 18.02.2020, s-a publicat în SEAP anunțul de participare [CN1019002] – „Servicii de paza și protecție cu un operator uman la obiectivele aflate în proprietatea SDEE TRANSILVANIA SUD SA”;

- conform pct. IV.2.7) Condiții de deschidere a ofertelor din anunțul de participare, data de deschidere a ofertelor s-a stabilit la 24.03.2020, ora 15:00;

- în conformitate cu pct. I.3) Comunicare din Fișa de Date, numărul de zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/candidaturilor este de 10, respectiv până cel târziu 13.03.2020;

- în data de 14.03.2020, ora 10:56, contestatorul, a publicat prin intermediul SEAP solicitarea de clarificări nr. 1025/14.03.2020;

- tot prin intermediul SEAP, entitatea, a postat răspunsul la solicitarea de clarificări menționată mai sus, în data de 17.03.2020, ora 15:10;

- în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1), lit. b) din Legea 101/2016 privind remediile și căile de atac în materia atribuirii contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, așa cum a fost modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 23/2020, contestația se introduce în termen de 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/ sectoriala sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile sectoriale.

- totodată, conform alin. (2) al aceluiași art. 8 din Legea 101/2016, se stabilește faptul că, „în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Astfel, având în vedere faptul că se contestă o prevedere a caietului de sarcini, respectiv „prezentarea odată cu oferta și a avizului pozitiv de la ORNISS conform Cap. 3, pct. 3.2, lit. s)”, contestatorul, trebuia să introducă contestație, până cel târziu la data de 24.02.2020.

Mai mult decât atât, consideră că și solicitarea de clarificări formulată în data de 14.03.2020, este depusă peste termenul limită de primire a solicitărilor de clarificări, respectiv 13.03.2020.

Față de considerentele expuse, solicită respingerea contestației ca fiind tardivă.

2. Pe fond, în cazul în care se va respinge excepția mai sus invocată, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată din următoarele motive:

Cerința prevăzută în caietul de sarcini, la cap.3, pct.3.2 lit. s), respectiv obligația prestatorului „să aibă personal calificat, care să poată fi recomandat pentru procedura de autorizare acces informații clasificate, conform prevederilor din planurile de pază ale obiectivelor întocmite cu ajutorul beneficiarului și să prezinte avizul pozitiv de la ORNISS, pentru nivelul maxim de secretizare al entității contractante", a fost formulată cu respectarea legislației aplicabile, respectiv prevederile legale conținute în Legea nr. 182/2002, HG nr. 585/2002, HG nr. 781/2002.

Astfel, arată că societățile de pază și protecție trebuie să aibă constituită structura de securitate proprie la nivelul minim de secretizare „secret de serviciu" și implicit funcționari de securitate sau agenți de pază și ordine autorizați și la cererea contractorilor (achizitorilor de servicii), la data deschiderii ofertelor să dețină avizele pozitive ORNISS împreună cu autorizațiile de securitate emise la nivelul de secretizare cerut de beneficiar, în speță nivelul maxim de secretizare al documentelor gestionate de beneficiar „secret de stat" (conform HG 585/2002);

- art. 140 și art.141 (HG nr. 585/2002) „avizul pozitiv primit de la ORNISS este documentul care dovedește acceptul Autorității Desemnate de Securitate pentru eliberarea certificatului/autorizației de securitate în urma verificărilor efectuate asupra persoanei în cauza cu acordul scris al acesteia";

- art. 104 (HG nr. 585/2002), „personalul inclus în sistemul de pază și apărare a obiectivelor, sectoarelor și locurilor în care se gestionează informații clasificate secret de stat, trebuie să dețină autorizație de acces corespunzător nivelului de secretizare a informațiilor necesare atribuțiilor ce-i revin";

- art. 125 (HG nr. 585/2002), „În situații de urgență, dacă informațiile secrete de stat trebuie evacuate, se vor utiliza lăzi metalice autorizate la nivel național din clasa corespunzătoare nivelului de secretizare a acestor informații”, aici se specifica „starea de urgență” și unul din atributele agentului de pază care necesită avizul nivelului de secretizare corespunzător.

- art. 129, alin. (1) și (2) (HG nr. 585/2002) alin. (1) - „În afara orelor de program, cheile de la încăperile și containerele de securitate vor fi păstrate în cutii sigilate, de către personalul care asigură paza și apărarea”, alin. (2) - „Predarea și primirea cheilor de la încăperile și containerele de securitate se vor face, pe bază de semnătură, în condica special destinată - anexa 11”;

- art. 130 alin. (1) - „Pentru situațiile de urgență, un rând de chei suplimentare sau, după caz o evidență scrisă a combinațiilor încuietorilor, vor fi păstrate în plicuri mate sigilate, în containere separate, într-un compartiment stabilit de conducerea unității, sub control corespunzător”, alin. (2) - „Evidența fiecărei combinații se va păstra în plic separat”, alin. (3) „Cheilor și plicurilor cu combinații trebuie să li se asigure același nivel de protecție ca și informațiilor care permit accesul”.

Entitatea contractantă arată că atribuțiile agenților de pază cu aviz ORNISS de clasificare la nivelul corespunzător este de intervenție în cazul „stării de urgență” în zona Administrativă de lucru și în zona de Securitate cl-a II-a, unde se lucrează și se gestionează informații și documente clasificate.

În consecință, având în vedere „starea de urgență” decretată de Președintele României, în această perioadă aplicându-se clar și la nivelul obiectivelor sale (obiective de importanță strategică deosebită pentru economia națională), trebuie aplicate măsuri de pază și ordine speciale, întârzierea procedurii de atribuire a serviciilor de pază și protecție în condițiile date ar putea aduce atingere ordinii și siguranței naționale. Ca atare nu există niciun motiv pentru suspendarea procedurii de atribuire.

Mai mult decât atât, entitatea contractantă consideră că nu se află în situația prelungirii termenului de depunere, nefiind incidente prevederile art. 166 și art. 163 din Legea nr. 99/2016.

Consideră că de la data lansării procedurii de atribuire, respectiv 18.02.2020, raportat la data de depunere a ofertelor, 24.03.2020, orice operator economic interesat ar fi putut să își obțină avizele necesare participării la procedura de atribuire.

Față de argumentele prezentate mai sus în susținerea legalității cerințelor prevăzute în caietul de sarcini entitatea apreciază ca neîntemeiată contestația depusă și solicită respingerea ei.

Prin adresa nr. 1361/27.03.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 12161/27.03.2020 contestatorul prezintă punct de vedere la punctul de vedere al entității contractante.

Cu privire la excepția tardivității invocată de către entitatea contractantă, contestatorul solicită respingerea pentru următoarele considerente:

Obiectul contestației se referă la modificările aduse documentației de atribuire prin răspunsul la solicitarea de clarificări CN1019002/00018/ 17.03.2020, prin care autoritatea contractantă:

a) a adăugat la documentația de atribuire publicată în SEAP, întrucât nu era suficient de clară formularea cerințelor prevăzute la Capitolul 3, pct. 3.2 lit. s) din caietul de sarcini, unde se solicita inițial personal calificat care să poată fi recomandat pentru procedura de autorizare acces informații clasificate, conform prevederilor din planurile de pază ale obiectivelor întocmite cu ajutorul beneficiarului, după care, prin răspunsul la clarificări află că personalul trebuie să aibă deja certificat de acces la informații pentru nivelul „secret”.

b) după ce se precizează prin răspunsul la solicitările de clarificare CN1019002/00018/17.03.2020 că trebuie depus odată cu oferta și certificatul de acces la informații de nivelul secret (s.n. inițial se solicita doar personal calificat care să poată fi recomandat pentru procedura de autorizare acces informații clasificate, conform prevederilor din planurile de paza ale obiectivelor întocmite cu ajutorul beneficiarului), refuză să modifice documentația astfel încât acesta să poată răspunde exigentelor de la art. 162, art. 163 și următoarele din Legea nr. 99/2016, respectiv dacă intervalul cuprins între data publicării anunțului de participare și data stabilită pentru depunerea ofertelor pentru lotul 1-, asigură operatorului interesat posibilitatea întocmirii ofertei la o manieră adecvată, în condiții de concurență loială, având în vedere că termenul legal pentru obținerea avizului de securitate pentru acces la informații secrete este de 30 zile lucrătoare, potrivit art. 148 alin. (2) lit. c) din Hotărârea nr. 585/2002.

În legătură cu termenul de depunere a contestației analizând dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, prin prisma principiului legalității, și observând pct. VI.4.3. din documentație, contestatorul precizează că acesta nu poate fi decât termenul prevăzut, respectiv 10 zile, atâta timp cât textul de lege are în vedere valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial și nu face nicio trimitere la valoarea fiecărui lot așa cum se întâmpla acolo unde Legiuitorul a dorit să facă o asemenea distincție în expres (a se vedea exemplificativ dispozițiile art. 61¹ alin. 2¹ din Legea nr. 101/2016). Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Așadar, față de exigența legalității întregii proceduri în fața Consiliului, dacă s-a stabilit un termen de 10 zile în care contestațiile să poate fi formulate prin raportare la valoarea întregii proceduri, indiferent de numărul de loturi, atunci legea ne obligă să respectăm acest beneficiu al termenului de 10 zile, fără să putem adăuga. Dacă s-ar fi dorit ca termenul să fie stabilit în raport de valoarea estimată a fiecărui lot ar fi făcut aceasta, așa cum a procedat în cazul art. 61¹ alin. 2¹ din Legea nr. 101/2016). Corolarul termenul este cel prevăzut la pct. VI.4.3. astfel cum a stabilit și entitatea contractantă. Oricum față de data răspunsului la solicitările de clarificări CN1019002/00018/17.03.2020, inclusiv termenul de 5 zile ar fi fost respectat.

În legătură cu respectarea termenului pentru depunerea solicitărilor de clarificări (deși nu comportă nicio relevanță în raport de răspunsul autorității dat prin publicarea în SEAP), susținerile autorității contractante formulată prin punctul de vedere sunt greșite în opinia contestatorului având în vedere că termenul în care puteau fi solicitate clarificări stabilit prin Fișa de date I.3. - 10 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor (24.03.2020, ora 15.00).

Față de toate aceste considerente de fapt și de drept ce preced, în conformitate și cu jurisprudența Consiliului, solicită respingerea excepției tardivității invocată de către entitatea contractanta.

Pe fond, solicită Consiliului să observe o pretinsă schimbare de paradigmă în legătură cu atribuțiile agenților de pază, astfel cum este prezentată prin punctul de vedere emis sub nr. 7000/26146/24.03.2020, comunicat CNSC și răspunsul la solicitarea de clarificări CN1019002/00018/17.03.2020, redat în extras mai jos

„(...) Atribuțiile agenților de pază ai firmei care dețin avizul pozitiv ORNISS și respectiv au certificat/autorizație de securitate, conform Planului de pază, vor efectua protecția fizică și electronică a zonelor administrative, a zonelor de securitate clasa a II a și a ICN-urilor prin: patrulare, verificare, supraveghere video, intervenție declanșare sisteme antiefracție sau în situații de urgență-cutremur, inundații, atacuri teroriste etc și nu accesul direct la informații și documente clasificate din zonele «Strict interzise»! (...)”.

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

SOCIETATEA DE DISTRIBUȚIE A ENERGIEI ELECTRICE TRANSILVANIA SUD SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă având ca obiect atribuirea contractului „*Servicii de pază și protecție cu un operator uman la obiectivele aflate în proprietatea SDEE TRANSILVANIA SUD SA*”, cod CPV: 79713000-5, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare CN1019002/18.02.2020. Criteriul de atribuire ales este: *prețul cel mai scăzut*.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției tardivității contestației formulată de SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL, invocată de entitatea contractantă în punctul de vedere cu privire la contestație.

În opinia entității contractante, contestația formulată de SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL ar fi tardiv formulată deoarece acesta ar critica în fapt conținutul documentației de atribuire, de al cărui conținut ar fi luat cunoștință la data publicării acesteia în SEAP, în anexa anunțului de participare.

În analiza excepției, Consiliul reține că, prin contestația depusă, SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL critică răspunsurile entității contractante la solicitările de clarificări privind prezentarea avizelor ORNISS pentru personalul propus, susținând că entitatea ar fi modificat prevederile caietului de sarcini prin răspunsurile formulate, în sensul că aceste înscrisuri care ar fi fost solicitate prin caietul de sarcini a se depune după semnarea contractului ar trebui incluse în ofertă urmare a clarificărilor aspect despre care susține că ar fi trebuit să determine decalarea termenului limită de depunere a ofertelor pentru ca eventualii ofertanți să poată obține aceste avize.

Având în vedere că obiectul procedurii în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei este „*servicii de pază*”, iar codul CPV este 79713000-5, aceste servicii fiind explicit prevăzute în

anexa 2 la Legea nr. 99/2016, Consiliul reține că pragul valoric în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a acestui anunț de participare este cel prevăzut la art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia *„entitatea contractantă are obligația publicării unui anunț de participare și/sau de atribuire în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice: (...) c) **4.675.500 lei**, pentru contractele sectoriale de servicii care au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2”*.

În soluționare, Consiliul reține că art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 anterior citat transpune în legislația națională prevederile art. 15 lit. c) denumit „cuantumurile pragului” din Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale potrivit cărora *„Cu excepția cazului în care sunt excluse în virtutea excluderilor prevăzute la articolele 18-23 sau în temeiul articolului 34, privind desfășurarea activității în cauză, prezenta directivă se aplică achizițiilor publice a căror valoare estimată fără taxa pe valoarea adăugată (TVA) este egală sau mai mare decât următoarele praguri: (...) c) 1.000.000 EUR pentru contractele de achiziții de servicii pentru servicii sociale și alte servicii specifice enumerate în anexa XVII”*.

Conform alin. (2) și (3) ale art. 17 intitulat „Revizuirea pragurilor” din Directiva 2014/25/UE, valoarea în alte monede decât euro a pragului valoric anterior menționat se stabilește și se comunică de către Comisia Europeană astfel:

„(2) Din doi în doi ani, începând de la data de 1 ianuarie 2014, Comisia stabilește valorile, în monedele naționale ale statelor membre a căror monedă nu este euro, ale pragurilor menționate la articolul 15 literele (a) și (b), revizuite în conformitate cu alineatul (1) de la prezentul articol.

*În același timp, **Comisia stabilește valoarea, în monedele naționale ale statelor membre a căror monedă nu este euro, a pragului menționat la articolul 15 litera (c).***

În conformitate cu metoda de calcul prevăzută în AAP, stabilirea acestor valori se bazează pe valorile zilnice medii ale monedelor respective corespunzătoare pragului aplicabil exprimat în euro din decursul unei perioade de 24 de luni care se încheie în ziua de 31 a lunii august anterioare revizuirii care intră în vigoare de la 1 ianuarie.

*(3) **Comisia publică** pragurile revizuite menționate la alineatul (1), contravaloarea acestora în monedele naționale menționată la alineatul (2) primul paragraf și **valoarea stabilită în conformitate cu alineatul (2) al doilea paragraf în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la începutul lunii noiembrie de după revizuire”**.*

Conform prevederilor legale anterior menționate, Comisia Europeană a emis Comunicarea nr. 676/2019 publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C370 din 31.10.2019 prin care a stabilit că valoarea în lei corespunzătoare pragului de 1.000.000 euro stabilit în Directiva 2014/25/UE este de **4.675.500 lei**.

Prin urmare, începând cu 31.10.2019, (data intrării în vigoare a Comunicării Comisiei nr. 676/2019), valoarea în lei la care se raportează obligația de publicare în JOUE a anunțului de participare prevăzută la art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 este **4.675.500 lei**.

Valoarea actualizat, în lei, a acestui prag se regăsește și în notificarea publicată pe site-ul său oficial la 31.12.2019 de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice în calitate de organism de reglementare în domeniul achizițiilor publice (a se vedea adresa internet <http://anap.gov.ro/web/notificare-privind-modificari-ale-pragurilor-aplicabile-procedurilor-de-achizitie-publica/>).

Ori, întrucât valoarea estimată a procedurii organizată de SOCIETATEA DE DISTRIBUȚIE A ENERGIEI ELECTRICE TRANSILVANIA SUD SA, de 4.591.634,69 lei conform precizărilor de la secțiunea II.1.5 „*valoarea totală estimată*” din anunțul de participare este inferioară pragului prevăzut la art. 12 din Legea nr. 99/2016 pentru acest tip de achiziție, Consiliul reține incidența în speță a prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) b) **5 zile**, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile*

valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Valoarea estimată fiind de 4.591.634,69 lei, deci sub pragul prevăzut de art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 este de cel mult 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Având a stabili cert data la care a luat cunoștință SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL despre actul contestat al entității contractante, Consiliul va reține că, prin contestația depusă acesta critică modalitatea de îndeplinire a cerinței din caietul de sarcini de la capitolul 3 „*cerințe minime obligatorii*” paragraful 3.2 lit. s) prin care entitatea contractantă a precizat următoarele aspecte: „în conformitate cu prevederile Legii nr. 333/2003 privind asigurarea pazei obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor, republicată în 2014, HG 301/2012 actualizată conform Hotărârii nr. 1002 din 2015 pentru aprobarea normelor metodologice și a documentelor prevăzute de legea pazei, prestatorul are următoarele obligații:

(...)

s) în conformitate cu Legea nr. 182/2002 și HGR nr. 585/2002 pentru aprobarea Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate în România ce cuprind normele de aplicare a Legii nr. 182/2002 și HGR nr. 781/2002 privind protecția informațiilor secrete de serviciu, are următoarele obligații:

- **personalul** inclus în sistemul de pază și apărare a obiectivelor, sectoarelor și locurilor în care sunt gestionate informații secrete de stat **trebuie să dețină autorizație de acces corespunzător nivelului de secretizare a informațiilor** necesare îndeplinirii atribuțiilor ce-i revin;

- **să aibă personal calificat**, care să poată fi recomandat pentru procedura de autorizare acces informații clasificate, conform prevederilor din planurile de pază ale obiectivelor întocmite cu ajutorul beneficiarului și să prezinte avizul pozitiv de la ORNISS, pentru nivelul maxim de secretizare al entității contractante;

- să poată asigura condiții de protecție a documentelor clasificate comune încredințate de beneficiar, în condițiile prevăzute de lege;

- să asigure instruirea periodică a agenților de pază pentru protecția informațiilor clasificate în obiectivele considerate de importanță strategică;

- să asigure stabilitatea agenților în posturile de pază, în vederea diminuării vulnerabilităților de protecție fizică, siguranță și securitate a obiectivelor sucursalelor”.

La secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare intitulate generic „fișa de date a achiziției”, entitatea contractantă a precizat că „**Propunerea tehnică va fi structurată conform cerințelor prevăzute în Caietul de sarcini și structurată după modelul**

Formularului de propunere tehnică din secțiunea Formulare. (...) **Operatorii** economici ce depun oferta **trebuie să dovedească**/prezinte, **la nivelul propunerii tehnice**, în secțiunea dedicată personalului contractantului / resurse si organizare, a modului în care vor fi organizate și gestionate activitățile din cadrul contractului ce implică avizarea/ atestarea/autorizarea executantului conform legislației de specialitate incidente, precum și **modul de acces la specialiștii atestați**, inclusiv prin recurgerea la subcontractanți de specialitate, după caz, demonstrând corespunzător îndeplinirea cerințelor tehnice și contractuale precum și a reglementărilor, standardelor și normelor aplicabile. Propunerea tehnică se va prezenta astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței acesteia cu cerințele tehnice prevăzute în Caietul de sarcini. (...) **Nu se accepta Propuneri Tehnice numai pentru o parte din obiectul Contractului (...)**".

Modelul formularul de propunere tehnică impus prin fișa de date cuprinde la punctul 6 următoarele precizări:

„6. Resursele umane utilizate pentru îndeplinirea contractului

[Indicați resursele privind personalul cheie și mâna de lucru avute în vedere în conformitate cu metodologia propusă]

Cel puțin următoarele informații **trebuie prezentate** aici:

i. Modalitatea de **asigurare a accesului la specialiști necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor** fundamentale aplicabile livrării produselor cuprinse în obiectul contractului (...)"

Totodată, Consiliul reține că, în anexa anunțului de participare din SEAP, entitatea contractantă a publicat în 12.03.2020, 13.03.2020 și 17.03.2020 un număr de 3 seturi de răspunsuri la solicitări de clarificare formulate de operatori economici interesați, relevante în soluționarea contestației formulată de SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL fiind răspunsurile 5 și 7 din clarificarea publicată în SEAP în data de **12.03.2020** în anexa anunțului de participare, sub identificatorul

„[CN1019002/00009] Clarificare 1 - raspuns SEAP.docx.p7s”, cu următorul conținut:

„Solicitare 5

Având în vedere că termenul legal de emitere a unei autorizații de Securitate industrială în vederea participării la procedura de atribuire a contractelor clasificate este de 60 de zile și poate fi obținută exclusiv în baza informațiilor cuprinse în documentația de atribuire a achiziției ce face obiectul solicitării de emitere, vă rugăm să precizați dacă cerința privind deținerea acestei autorizații se consideră a fi îndeplinită dacă ofertantul depune odată cu oferta dovada depunerii cererii pentru procedura de obținere a autorizației de la ORNISS?

Răspuns 5

Ofertantul este obligat sa dețină autorizații de acces corespunzător nivelului de secretizare și să le depună odată cu oferta către contractor; termenul legal de emitere a unei autorizații de către ORNISS la nivelul „secret”, este de 30 de zile lucrătoare (HG 585/2002, art.148 alin. (2) lit. c); autorizația de securitate industrială nu face obiectul Caietului de sarcini în speță, autorizația de securitate industrială se obține doar atunci când un contract este clasificat”.

La punctul 7 din aceeași adresă de răspuns la solicitările de clarificări, entitatea contractantă a detaliat modalitatea de îndeplinire a cerinței contestată de SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL astfel:

„Solicitare 7

Referitor la capitolul 3 din caietul de sarcini, Cerințe minime obligatorii, punctul s) obligații în conformitate cu Legea 182/2002, HGR nr. 585/2002 și HGR nr. 781/ 2002, vă rog să clarificați modul de demonstrare a respectării acestei cerințe.

Este suficient a se prezenta:

1. documente privind structura de securitate și a funcționarului de securitate ca documente suport privind îndeplinirea cerințelor privind secretul de serviciu ?

2. o declarație pe proprie răspundere că ofertantul deține personal calificat care să poată fi recomandat pentru procedura de acces la informații clasificate;

3. declarație pe proprie răspundere de angajament al obținerii avizului pozitiv ORNISS, pentru nivelul maxim de secretizare al entității contractante, dacă propunerea sa va fi declarată câștigătoare, sub sancțiunea nesemnării contractului într-un termen de n zile;

4. Declarație pe proprie răspundere de asigurare a condițiilor de protecție a documentelor clasificate comune încredințate de beneficiar, conform legislației aplicabile;

5. Declarație pe proprie răspundere de asigurare a instruirii periodice a agenților de pază pentru protecția informațiilor clasificate;

6. Declarație pe proprie răspundere/ Plan de management al resurselor umane privind asigurarea stabilității agenților în posturile de pază în vederea diminuării vulnerabilităților de protecție fizică, siguranță și securitate a obiectivelor sucursalelor.

Va rog sa clarificați punctual pentru fiecare subpunct subliniat cu – si ·, modalitatea de îndeplinire a cerinței punctului s) a capitolului 3 din caietul de sarcini.

Răspuns 7

Precizări respectare cerințe cap. 3 punctul „s” din Caietul de Sarcini:

La punctul nr. 1: se va prezenta seria și numărul autorizației sau certificatului de Securitate ORNISS al fiecărui agent de pază, precum și a celui care asigură instruirea periodică odată cu depunerea ofertei;

La punctul nr. 2: - nu se admite nicio declarație pe proprie răspundere;

La punctul nr. 3: - nu se admite nicio declarație pe proprie răspundere;

La punctul nr. 4: - nu se admite nicio declarație pe proprie răspundere;

La punctul nr. 5: - nu se admite nicio declarație pe proprie răspundere;

La punctul nr. 6: - nu se admite nicio declarație pe proprie răspundere.

În acest sens regulile sunt foarte stricte, conform prevederilor Legii nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate și HGR nr. 585/2002 pentru aprobarea Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate din Romania (specificat în Caietul de Sarcini), se stipulează clar „personalul inclus în sistemul de pază și apărare a obiectivelor, sectoarelor și locurilor în care sunt gestionate informații secrete de stat, trebuie să dețină autorizație de acces corespunzător nivelului de secretizare a informațiilor necesare îndeplinirii atribuțiilor ce-i revin”.

Agenții de pază din cadrul firmei potențial câștigătoare care au avizul ORNISS vor executa protecția fizică si electronică (patrulare, verificare, supraveghere video, intervenție declanșare sisteme antiefracție sau în situații de urgență – cutremur, inundații, atacuri teroriste,, etc) a zonelor de securitate care gestionează informații clasificate (conform Planului de pază) și nu accesul direct la informații și documente clasificate”.

Având în vedere prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, potrivit căroră „În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data

luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”, Consiliul reține că SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL a luat cunoștință în data de 12.03.2020 de faptul că demonstrarea îndeplinirii cerinței de la punctul 3.2 lit. s) din caietul de sarcini se face prin prezentarea seriei și numărului autorizației sau certificatului de Securitate ORNISS al fiecărui agent de pază, precum și a celui care asigură instruirea periodică odată cu depunerea ofertei.

Ulterior, contestatorul depune o nouă solicitare de clarificări, solicitând entității contractante să răspundă:

- „Dacă înțelegeți prin mențiunea la Capitolul 3. Pct. 3.2 lit. s) – să prezinte avizul pozitiv de la ORNISS, că ofertantul este obligat sa prezinte avizul pozitiv de la ORNISS odată cu oferta (...)”;

- „Ce înțelegeți prin avizul pozitiv de la ORNISS, menționat la Capitolul 3, pct. 3.2 lit. s) din caietul de sarcini (...)”;

- „Dacă (...) se asigură operatorilor economici interesați să participe la procedură un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor/solicitărilor de participare și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției, potrivit exigentelor art. 162 din Legea nr. 99/2016”,

la care entitatea contractantă a răspuns prin SEAP în data de 17.03.2020.

Ca urmare a tuturor acestor răspunsuri la solicitările de clarificări, SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL a investit Consiliul prin contestația înregistrată la acesta cu nr. nr. 11227/20.03.2020, prin care solicită obligarea entității contractante la completarea cerințelor capitolului 3, pct. 3.2 lit. s) din Caietul de sarcini și la prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

Ulterior luării la cunoștință a punctului de vedere al entității contractante prin care aceasta invocă excepția tardivității contestației, SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL a transmis la dosarul cauzei adresa nr. 1361/27.03.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 12161/27.03.2020 menționează explicit că a contestat modificările aduse documentației de atribuire respectiv faptul că entitatea contractantă ar fi adăugat la documentația de atribuire publicată în SEAP în care se solicita inițial personal calificat care sa poată fi recomandat pentru procedura de autorizare acces informații clasificate, după care prin răspunsul la clarificări ar fi aflat că personalul **trebuie să aibă deja certificat de acces** la informații clasificate precum și faptul că entitatea contractantă nu a decalat și termenul de depunere a ofertelor odată cu aceste clarificări.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele din cadrul caietului de sarcini la 18.02.2020 (data publicării acestuia în anexa anunțului de participare nr. CN1019002/18.02.2020).

Totodată, Consiliul reține că societatea contestatoare a luat cunoștință despre obligația prezentării **în ofertă** a seriei și numărului

autorizațiilor/certificatelor de Securitate ORNISS ale personalului propus și despre nivelul de secretizare „secret” necesar executării contractului din răspunsul la solicitările de clarificări publicat în SEAP la **12.03.2020**.

Pentru respectarea principiului transparenței entitatea contractantă este obligată să posteze în SEAP atât documentația de atribuire cât și clarificările aferente acesteia, astfel în cazul în care contestația privește aceste înscrisuri publicate în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării acestora, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație și clarificările ulterioare la data publicării în SEAP, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 5 din același act normativ, rezultă așadar, ca data de **12.03.2020** reprezintă data la care se va raporta termenul legal de **5 zile** de depunere a contestației împotriva cerințelor privind prezentarea în ofertă a seriei și numărului autorizațiilor/certificatelor de Securitate ORNISS ale agenților de pază, personalului care asigură instruirea și despre nivelul de secretizare „secret”, termen care este depășit la data depunerii contestației, respectiv la data de **20.03.2020**.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 185 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor privind prezentarea în ofertă a seriei și numărului autorizațiilor/certificatelor de Securitate ORNISS ale agenților de pază, cele ale personalului care asigură instruirea și despre nivelul de secretizare „secret” este 12.03.2020, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 20.03.2020, a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării cerințelor cuprinse în caietul de sarcini și clarificarea postată în SEAP la 12.03.2020 de entitate.

Purtarea corespondenței cu entitatea contractantă (solicitarea transmisă prin SEAP la 14.03.2020 și răspunsul entității din 17.03.2020), prin care SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL a cerut la rândul său entității contractante să confirme obligativitatea depunerii certificărilor ORNISS odată cu oferta (aspecte deja clarificate în 12.03.2020 urmare a solicitărilor formulate de alți operatori economici interesați) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva lor sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o solicitare de clarificări făcută în temeiul prevederilor art. 172 din Legea nr. 99/2016 întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept principiul „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări cerute de acesta, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că repetarea/reiterarea/reformularea solicitărilor de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel solicitarea unor noi clarificări cu privire la care entitatea contractantă a răspuns deja nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

Potrivit art. 172 din Legea nr. 99/2016 „*operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări*” astfel această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu a formulat contestația în termen la documentația de atribuire sau la clarificările deja formulate, și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsurile la solicitările de clarificări, Consiliul reține că, prin clarificările din **12.03.2020** entitatea contractantă a precizat explicit **ce documente trebuie depuse odată cu oferta** iar ulterior, în clarificările din 17.03.2020, s-a limitat să indice și să comenteze legislația aplicabilă (prevederi din cuprinsul HG nr. 585/2002) și să enumere motivele pentru care a considerat suficient termenul de elaborare și depunere a ofertelor.

Având în vedere prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 172 din Legea nr. 99/2016, prin cererea de clarificare formulată cu privire la aspecte deja clarificate din documentație de atribuire nu se poate „*masca*” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințele din caietul de sarcini sau cu privire la răspunsurile anterioare la solicitările de clarificare.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice nouă solicitare de clarificare duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea că are obligația să depună în ofertă seria și numărul autorizațiilor/certificatelor de Securitate ORNISS ale

personalului propus încă de la data publicării clarificărilor din 12.03.2020 și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea lor. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii dacă, sub acoperirea unei clarificări formulate ea însăși la distanță de 25 de zile de la cunoașterea cerinței din caietul de sarcini și la 2 zile după ce entitatea lămurise deja aceste aspecte, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din aceste înscrisuri parte a documentației de atribuire, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propriile solicitări de clarificare fără să ia în considerare clarificările formulate anterior de entitate urmare a solicitărilor alor operatori economici interesați.

Așadar, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din caietul de sarcini și clarificarea din 12.03.2020.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, în contextul în care contestatorul declară că atacă doar răspunsul entității contractante din 17.03.2020, față de care contestația nu este tardivă, Consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a cerințelor din documentația de atribuire din care face parte și clarificarea din 12.03.2020, aceasta și-a consolidat forța obligatorie. În cauză prezintă relevanță normele art. 172 din Legea nr. 99/2016, conform cărora orice *„orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire”*, iar *„entitatea contractantă (...) va răspunde, în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare”*.

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare

operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, entitatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica caietul de sarcini după voința operatorului economic care a formulat o solicitare de clarificări. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa entitatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor din caietul de sarcini astfel cum au fost clarificate anterior. Obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta prin răspunsul din 17.03.2020, chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de contestator.

Astfel, prin răspunsul publicat în SEAP la 17.03.2020, entitatea a enumerat la punctul 1 etapele autorizării personalului din cadrul societății de pază, la punctul 2 a definit sintagma „*avizul pozitiv de la ORNISS*” prin trimitere la legislația specifică.

În ceea ce privește întrebarea de la punctul 3, prin care contestatorul a cerut autorității să precizeze dacă a respectat sau nu prevederile art. 162 din Legea nr. 99/2016 raportat la data publicării anunțului de participare, data limită de depunere a ofertelor și durata de 30 de zile necesară obținerii certificării ORNISS conform 148 alin. (2) lit. c) din HG nr. 585/2002, Consiliul apreciază că aceasta a fost pur formală, deoarece durata cuprinsă între data publicării anunțului de participare 18.02.2020 și data limită de depunere a ofertelor 24.03.2020 este de 34 de zile, fiind acoperitoare pentru obținerea certificării ORNISS în termenul de 30 de zile indicat de contestator. În aceste condiții, Consiliul apreciază că răspunsul 3 din clarificările publicate în SEAP la 17.03.2020, prin care entitatea a refuzat să prelungească termenul de depunere a ofertelor este pe deplin justificat.

Pe de altă parte, se poate lesne observa că nici solicitările contestatorului nu au avut ca scop clarificarea cerinței de prezentare a seriei și numărului autorizațiilor/certificatelor de Securitate ORNISS ale personalului propus odată cu oferta, aceasta fiindu-i clară acestuia încă din clarificarea din 12.03.2020, ci eventual modificarea/eliminarea ei, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege. Niciun text normativ în vigoare nu obligă entitatea să își modifice/elimine cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe fie la CNSC, fie în instanță, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/eliminării pe care o doresc.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația entității contractante de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele din caietul de sarcini, termenele acordate sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus, conform art. 172 din Legea nr. 99/2016, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita „clarificări”, iar entitatea contractantă are obligația de a răspunde, în

mod clar, complet. Nicăieri nu figurează dreptul de a se cere justificări sau rațiuni pentru cerințele autorității, mai ales dacă ele sunt clare și înțelese de cei interesați. Bunăoară, nici nu își are rostul o solicitare de clarificare a unei cerințe care este clară și înțeleasă de aceștia.

De bună seamă că entitatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe din caietul de sarcini sau clarificările anterioare, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 26 alin. (1) Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, să admită excepția tardivității invocată de entitatea contractantă iar pe cale de consecință să respingă, ca tardiv introdusă, contestația formulată de SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL în contradictoriu cu SOCIETATEA DE DISTRIBUȚIE A ENERGIEI ELECTRICE TRANSILVANIA SUD SA, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității invocată de entitatea contractantă iar pe cale de consecință respinge, ca tardiv introdusă, contestația formulată de SC RED ALERT SECURITY SYSTEM SRL în contradictoriu cu

SOCIETATEA DE DISTRIBUȚIE A ENERGIEI ELECTRICE TRANSILVANIA
SUD SA.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice**

Consilier de soluționare
Florentina DRĂGAN

PREȘEDINTE
Traian ICOBEȚ

Consilier de soluționare
Lehel-Lorand BOGDAN

Redactat practicaua deciziei
Maria ROVENȚA

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 20 (douăzeci) pagini.