



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. / 24.10., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. / 24.10., formulată de către SC SRL, cu sediul social în, ... și sediul procedural ales pentru comunicarea actelor în, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin - Administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire pentru loturile 8 și 11, emis de către, cu sediul în, ..., sector, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție publică, organizată prin licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de servicii, împărțit pe loturi, având ca obiect: „.....”, cod CPV: ..., s-a solicitat: anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 14170/ 06.10. și obligarea autorității contractante la reanalizarea și reevaluarea tuturor ofertelor depuse, conform prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, și pe cale de consecință, în situația existenței de oferte neconforme, anularea prezentei proceduri pentru loturile în cauză.

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

SC SRL a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii de atribuire pentru loturile 8 și 11, emis de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție publică, organizată prin licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de servicii, împărțit pe loturi, având ca obiect: „.....”, cod CPV:

În fapt, contestatorul menționează că, în urma emiterii de către CNSC a Deciziei nr. s-au dispus următoarele: „admite în parte contestațiile formulate de către SC SRL, în contradictoriu cu pentru loturile 8 și 11, respectiv criticile cu privire la oferta declarată câștigătoare, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și dispune reevaluarea ofertelor cu respectarea dispozițiilor legale, a documentației de atribuire, a celor reținute în cadrul Deciziei nr. în cadrul prezentei motivări în termen de 10 zile de la comunicare”.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a făcut o nouă reevaluare a ofertelor conform Deciziei CNSC ante-menționate, ci a procedat direct la declararea ofertei sale ca fiind neconformă, pe baza unui extras parțial redat în adresa nr. 14.170/06.10....., din conținutul Deciziei CNSC și de asemenea, fără o nouă reevaluare, a declarat câștigătoare oferta depusă de SC SRL.

În ceea ce privește ofertantul declarat câștigător, contestatorul subliniază faptul că acest ofertant a declarat ca subcontractant în cadrul ofertelor depuse pentru loturile în cauză, pe SC SRL, societate care este în procedura insolvenței, nefiind astfel respectate prevederile OUG nr. 34/2006 și ale documentației de atribuire (Declarația art. 181, Declarația art. 182, etc.).

Contestatorul precizează că, nici unde în conținutul Deciziei CNSC nr. nu a fost menționat faptul că oferta sa este neconformă. De asemenea, precizează că, Decizia nu este definitivă, deoarece a contestat-o la Curtea de Apel pentru netemeinicie.

În continuarea motivării în fapt, contestatorul reiterează aspectele care au făcut obiectul altor contestații, fiind emise de către CNSC deciziile: nr. și nr. / /, ... /

Având în vedere faptul că pentru lotul 8 cel mai mare tarif ofertat a fost de 10,29 lei/ora, iar pentru lotul 11 cel mai mare tarif ofertat a fost de 10,28 lei/ora, contestatorul concluzionează faptul că nici unul dintre tarifele ofertate nu poate fi fundamentat fără beneficiul acordat societăților în baza Legii nr. 76/2002, respectiv fără încheierea de convenții. Din conținutul Deciziei CNSC nr., rezultă faptul că CNSC acceptă în susținerea tarifului doar convenții încheiate expres pentru loturile care fac obiectul prezentei proceduri și oameni angajați expres în locațiile/localitățile în care se desfășura activitatea de pază pentru fiecare lot în parte. Ori, nici unul dintre ofertanți nu avea la momentul desfășurării procedurii și nici nu putea avea încheiate convenții în baza Legii nr. 76/2002, expres pentru fiecare lot în parte care face obiectul prezentei proceduri și cu Agențiile Locale de Șomaj din localitățile aferente loturilor în cauză, înainte de încheierea efectivă a contractului/contractelor de prestări servicii de pază pentru fiecare lot în parte. Convențiile în baza Legii nr. 76/2002 se încheie cu Agențiile Pentru Ocuparea Forței de Muncă în baza unui contract de prestări

servicii, pentru locuri de muncă nou create și nu anticipat încheierii unui astfel de contract.

Contestatorul menționează că, la momentul derulării procedurii, a depus documente din care rezultă existența certă și reală a unor sume de bani provenite în baza „unui ajutor de stat” conform Legii nr. 76/2002 care urmau a fi folosite pentru susținerea contractului/contractelor care face/fac obiectul prezentei proceduri aferent loturilor licitate.

Contestatorul afirmă că această situație, privind imposibilitatea fundamentării tarifele ofertate de participanți este valabilă și în cazul loturilor 15 și 16, așa cum rezultă din procesul verbal de deschidere al ofertelor.

Prin adresa nr. 15.374/28.10....., înregistrată la CNSC sub nr. 32814/28.10....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere în care precizează că, în conformitate cu Decizia CNSC nr. /..... /,..... din, a reevaluat ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire iar, în urma comunicării rezultatului procedurii, din data de 06.10....., pentru loturile 8 și lot 11, SC SRL a depus Notificare prealabilă în data de 17.10....., la care a răspuns în data de 18.10.....

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, în data de, SC SRL a depus „plângere”, iar conform Legii nr. 101/..... trebuia să depună contestație nu plângere. Plângere se poate formula numai împotriva deciziei CNSC, conform art. 29 din același act normativ. Ca urmare, solicită Consiliului respingerea plângerii, deoarece Legii nr. 101/....., SC SRL trebuia să depună contestație nu plângere.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 34117/.....-...../08.11....., Consiliul a solicitat autorității contractante dosarul achiziției, documentele de calificare ale SC SRL și oferta contestatorului, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 18 și cu art. 20 din Legea nr. 101/..... coroborat cu art. 231 din Legea nr. 99/....., precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (.....) din Legea nr. 101/....., în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat.

Autoritatea contractantă s-a conformat solicitării de mai sus, prin adresele nr. 6/15.11..... și nr. 16521/18.11..... înregistrate la CNSC sub nr. 34916/ 15.11..... și nr. 35427/18.11.....

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii, împărțit pe loturi, având ca obiect: „.....”, cod CPV: În acest sens, a elaborat documentația de atribuire și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. /....., potrivit căruia valoarea estimată totală este cuprinsă între 17.946.857,08 lei și 26.769.215,60

lei, fără TVA; criteriul de atribuire stabilit, conform cap. IV.2.1, este: „prețul cel mai scăzut”.

În data de 20.10..... (data poștei), SC SRL a transmis Consiliului înscrisul intitulat „plângere” nr./....., prin care solicită CNSC anularea rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. 14170/ 06.10..... și obligarea autorității contractante la reanalizarea și reevaluarea tuturor ofertelor depuse.

Având în vedere că înscrisul antecitat întrunește elementele unei contestații și faptul că, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, SC SRL a îndeplinit în mod corespunzător procedura obligatorie de notificare prealabilă, Consiliul va respinge susținerile autorității contractante, din cuprinsul punctului de vedere nr. 15374/28.10....., potrivit căroră „SC SRL trebuia să depună contestație nu plângere”, eroarea privind titulatura înscrisului în cauză fiind, în mod evident, una de redactare.

Având în vedere obiectul contractului și valoarea estimată a acestuia, rezultă că procedura a fost organizată de autoritatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 16 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care dispune că *„în cazul în care autoritatea contractantă atribuie un contract ce are ca obiect prestarea de servicii din categoria celor incluse în anexa nr. 2B, atunci obligația de a aplica prezenta ordonanță de urgență se impune numai pentru contracte a căror valoare este mai mare sau egală cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2) și se limitează la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2). Contestațiile privind procedura de atribuire a contractelor de servicii din categoria celor incluse în anexa nr. 2B, a căror valoare este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 57 alin. (2), se soluționează potrivit dispozițiilor cap. IX”*.

Raportându-se la prevederile art. 35-38, art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, Consiliul reține următoarele:

Pe rolul Consiliului, în cadrul prezentei proceduri, au fost depuse anterior următoarele contestații:

- contestația nr. 315/05.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 9917/05.04....., înaintată de SC SRL împotriva adresei de clarificări nr. 4722/30.03....., referitoare la loturile 3, 6, 7, 8, 11, 12, 14, 15, 16, 17, emisă de care a constituit obiectul dosarului nr. 696/.....;
- contestațiile nr. 580/15.04..... și nr. 579/15.04....., înregistrate la CNSC sub nr. .../18.04..... și nr. .../18.04....., formulate de SC SRL împotriva rezultatului procedurii de atribuire pentru lotul 10, respectiv lotul 13, comunicat cu adresa nr. 5512/13.04....., emisă de care a constituit obiectul dosarului nr. 785/..... și nr. 788/.....

Prin Decizia nr. din data de 06.05....., Consiliul a „Admis în principiu cererile de intervenție formulate de SC SRL. A admis contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă și a anulat adresa de solicitare clarificări nr. 4722/30.03....., în partea ce privește prezentarea unui angajament ferm, autentificat notarial, de către terțul susținător, la loturile 3, 6, 7, 8, 11, 12, 14, 15, 16, 17. A obligat autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în termen de 10 zile, cu analizarea ofertelor prezentate la loturile 3, 6, 7, 8, 11, 12, 14, 15, 16, 17. A luat act de renunțare de cererea contestatoarei SC SRL de eliminare a prezentării „Licenței de funcționare eliberată de Inspectoratul General al Poliției Române pentru proiectare, instalare, modificare sau întreținere a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției”, atât pentru ofertanți cât și pentru subcontractanți, ca urmare a măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă și acceptate de contestatoare. A admis excepția inadmisibilității, invocată de intervenient, cu privire la cererile contestatoarei SC SRL de obligare a autorității contractante să semneze contractul cu societatea sa, atât la lotul 10 și la lotul 13. A respins ca nefondată excepția lipsei de interes, invocată de intervenient, cu privire la contestația formulată de SC SRL la lotul 13. A respins ca nefondate contestațiile formulate de SC SRL în contradictoriu cu și dispune continuarea procedurii la loturile 10 și 13. Admite cererile de intervenție formulate de SC SRL.”

Împotriva Deciziei nr. din data de 06.05.....

SC SRL a formulat plângere, la Curtea de Apel, care a constituit obiectul dosarului nr. 3622/2/..... Prin Decizia civilă nr. /..... pronunțată în dosarul menționat, la 13.06....., Curtea a respins ca neîntemeiate excepțiile tardivității și inadmisibilității. A respinge plângerea ca neîntemeiată; definitivă.

Ulterior urmare a punerii în aplicare a deciziei CNSC anterior menționată, pe rolul CNSC au fost înregistrate, sub nr. .. / 18.05....., nr. .. / 20.05....., nr. .. / 23.05....., nr. .. / 23.05....., nr. .. / 23.05....., nr. .. / 23.05..... și nr. 16236/27.05....., contestațiile formulate de SC SRL, SC SRL și SC SRL, cu privire la prezenta procedură de atribuire.

Prin Decizia CNSC nr. / / 10.... / 16.06....., rămasă definitivă prin menținerea ei de către Curtea de Apel, Consiliul a dispus următoarele: „Admite excepția autorității de lucru judecat invocată de intervenienta SC SRL împotriva contestațiilor formulate de SC SRL pentru loturile 10 și 13. Admite în parte contestațiile formulate de SC SRL, SC SRL și SC SRL pentru loturile 6, 8, 11, 15 și 16, în contradictoriu cu, anulează raportul procedurii aferent acestor loturi și actele subsecvente și obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor legale, a documentației de atribuire și a celor cuprinse în motivarea aferentă prezentei, în

termen de 10 zile de la comunicare, iar pe cale de consecință respinge cererea de intervenție formulată de SC SRL. Respinge ca inadmisibile capetele de cerere privind declararea ofertei contestatoarei drept câștigătoare formulate de SC SRL în cadrul contestației aferente lotului 16 și obligarea autorității contractante de a încheia contractul formulate de SC SRL în cadrul contestațiilor aferente lotului 8, 11 și 15. Obligă autoritatea contractantă la plata sumei de 1.668 lei reprezentând cheltuieli de judecată efectuate de SC SRL în cadrul contestației formulată pentru loturile 6, 8, 11 și 15. Dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.”

Ulterior, urmare a punerii în aplicare a deciziei anterior menționate, pe rolul CNSC au fost înregistrate sub nr. ../22.07....., nr. ../22.07....., nr. ../22.07..... și nr. ../25.07....., contestațiile depuse de SC SRL, pentru Loturile: 8, 11, 15 și 16.

Prin Decizia CNSC nr., Consiliul a dispus următoarele:

„Admite în parte contestațiile formulate de către SC SRL în contradictoriu cu pentru loturile 8 și 11, respectiv criticile cu privire la oferta câștigătoare, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și dispune reevaluarea ofertelor cu respectarea dispozițiilor legale, a documentației de atribuire, a celor reținute în cadrul Deciziei nr./...../10..../16.06..... și în cadrul prezentei motivări în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate celelalte critici formulate de contestator pentru loturile 8 și 11 și contestațiile formulate de către SC SRL în contradictoriu cu pentru loturile nr. 15 și 16, iar pe cale de consecință va dispune continuarea procedurii de atribuire”.

Împotriva Deciziei nr./...../...., ... din data, SC SRL a formulat plângere, la Curtea de Apel, care a constituit obiectul dosarului nr. 6855/2/..... Prin Hotărârea din 03.11....., Curtea a anulat plângerea pentru neplata taxei judiciare de timbru. Definitivă.

Astfel, în mod definitiv s-a reținut cu privire la oferta SC ... SRL faptul că „Procedând la analiza modului în care autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Consiliului pentru acest ofertant, asupra căruia s-a pronunțat în mod definitiv și irevocabil, acest ofertant nedepunând ulterior plângere împotriva acestei decizii, Consiliul reține faptul că, încălcând principiile reglementate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, aducând acestui ofertant un real avantaj a efectuat următoarele demersuri:

- *la data de 01.07..... prin adresa nr. 9634/01.07..... a solicitat ofertantului SC .. SRL să prezinte calcule și documente care să probeze clar că ofertantul beneficiază de prevederile legii nr. 76/2002 – pentru lotul 8;*
- *prin adresa nr. 9632/01.07..... a solicitat ofertantului SC .. SRL să prezinte calcule și documente care să probeze clar că ofertantul beneficiază de prevederile legii nr. 76/2002 – pentru lotul 11;*

- prin adresa nr. 9633/01.07..... a solicitat ofertantului SC .. SRL să prezinte calcule și documente care să probeze clar că ofertantul beneficiază de prevederile legii nr. 76/2002 – pentru lotul 6;
- iar prin adresa nr. 9631/01.07..... a solicitat ofertantului ..SRL să prezinte calcule și documente care să probeze clar că ofertantul beneficiază de prevederile legii nr. 76/2002 – pentru lotul 15;
- primind aceste solicitări, raportat la decizia CNSC pronunțată anterior, ofertantul alege să nu răspundă la solicitările aferente loturilor 6 și 15 ci doar pentru loturile 8 și 11 astfel cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr. 10115/13.07.....;

Procedând la analiza răspunsurilor elaborate de către SC ... SRL în disperarea de a obține contractele măcar pentru 2 loturi, Consiliul va reține că acesta alege să își modifice oferta în mod nelegal astfel:

- prin răspunsul său aferent **lotului 8** indică numele a 82 de persoane fizice pentru care menționează că a încheiat convenții cu Agenția pt Ocuparea Forțelor de Muncă pe care le anexează astfel:

(...)

Iar în finalul adresei de răspuns menționează „contractele de prestări servicii de pază care fac obiectul prezentei proceduri pentru fiecare lot în parte nu sunt contracte intuit personae, deci nu există obligativitatea ofertantului de executare a prestației în speță servicii de pază prin utilizarea personalului de pază nominalizat în anexele la convenții”. Față de această susținere Consiliul urmează să o respingă, reținând totodată că, autoritatea contractantă în mod nelegal a declarat câștigător acest ofertant motivat de faptul că aceste convenții au fost depuse ulterior pronunțării deciziei CNSC, mai mult, ofertanții nu pot uza de aceste convenții pe care le încheie cu Agențiile pentru Ocuparea Forțelor de Muncă în toate procedurile de atribuire la care participă în justificare unor prețuri **aparent** oferite având în vedere faptul că societatea comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un singur ajutor, valoare care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează respectivul salariat munca; mai mult prin sublinierea faptului că „nu există obligativitatea ofertantului de executare a prestației în speță servicii de pază prin utilizarea personalului de pază nominalizat în anexele la convenții” SC ... SRL recunoaște că cei 82 de salariați nominalizați nu vor fi folosiți în prestarea serviciului de pază aferent acestei proceduri de atribuire, probabil fiind angajați în cadrul altor obiective de pază al cărui tarif a fost calculat la fel de scăzut în baza respectivelor convenții. Trebuie subliniat faptul că operatorii economici având încheiate aceste convenții prin care statul oferă anumite avantaje materiale nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare pentru toate contractele care urmează a fi încheiate de operatori, având în vedere faptul că acestea se acordă pentru o anumită/anumite persoane care vor presta munca și care nu poate să încalce prevederile Codului Muncii.

Nici criticile formulate de SC ... SRL în cadrul adresei de răspuns cu privire la susținerile Consiliului din cadrul Deciziei definitive pronunțată anterior nu pot fi reținute „în mod eronat și fără temei legal a făcut această apreciere în ceea ce privește oferta depusă de societatea noastră, deoarece conform

prevederilor legii nr. 76/2002 convențiile se încheie la sediul social al angajatorului și nu la domiciliul fiecărui angajat în parte”, având în vedere faptul că nici anterior și nici ulterior când în mod nelegal i s-a oferit șansa de a justifica prețul, nu demonstrează că în justificarea prețului ar fi ținut cont de cheltuielile suplimentare de deplasare cazare și diurnă, având în vedere faptul că potrivit prevederilor art. 5 pct. IV¹ din Legea nr. 76/2002 „șomer înregistrat - persoana care îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute la pct. IV și **se înregistrează la agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își are domiciliul** sau, după caz, reședința ori la alt furnizor de servicii de ocupare, care funcționează în condițiile prevăzute de lege, în vederea obținerii unui loc de muncă” iar potrivit prevederilor art. 34 alin. (1) lit. d), alin. (3) lit. a) din același act normativ una din condițiile de a beneficia de șomaj este să fie **„înregistrați la agențiile pentru ocuparea forței de muncă în a căror rază teritorială își au domiciliul** sau, după caz, reședința, dacă au avut ultimul loc de muncă ori au realizat venituri în acea localitate”.

- prin răspunsul său aferent lotului 11 indică numele a 58 de persoane fizice pentru care menționează că a încheiat convenții cu Agenția pentru Ocuparea Forțelor de Muncă pe care le anexează astfel:
(...)

Referitor la lotul 11, Consiliul constată că, în mod suplimentar față de cele reținute pentru lotul 8, alege să depună convențiile terțului susținător în condițiile în care angajamentul ferm de susținere a fost depus urmare a solicitării de clarificări 4725/30.03..... în format duplicat nedatat având încheierea de autentificare nr. 851/04.04..... (ulterior datei de depunere a ofertelor) semnată olograf de notarul public Simion Ionuț – filele 427-420 din dosarul depus la Consiliu cu adresa nr. 13383/20.09..... înregistrat la CNSC sub nr. 28584/20.09.....;

Analizând conținutul acestui angajament rezultă la pct. „Descrierea resurselor respectiv: **managementul și experiența profesională a personalului atestat și autorizat al terțului susținător** în ceea ce privește capacitatea profesională de organizare, planificare, desfășurare a activității de pază în ansamblul ei, de soluționare a evenimentelor, experiență ce a fost acumulată din prestarea de servicii similare ca valoare și complexitate. II modul concret de îndeplinire a obligațiilor asumate în angajament de către SC .. SRL: terțul susținător declară că va asigura disponibilizarea acestor resurse necondiționat în funcție de **necesitățile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauză**, respectiv va sprijini activitatea de pază a ofertantului **cu experiența profesională a persoanelor atestate și calificate al SC .. SRL** în ceea ce privește capacitatea de organizare, planificare, desfășurare a activității de pază în ansamblul ei, de soluționare a evenimentelor, experiență ce a fost acumulată de personal din prestarea de servicii similare ca valoare și complexitate (...). Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că, potrivit celor stipulate, în cadrul angajamentului de susținere terțul nu pune la dispoziția ofertantului personal, ci doar experiența acestora dobândită din derularea contractelor sale și doar dacă apar necesități în acest sens pe parcursul derulării contractului și nu intervine încă de la începutul derulării contractului, motivat de faptul că terțul susținător în cadrul procedurii nu

este declarat și subcontractant. În această etapă a procedurii (după depunerea ofertelor, după pronunțarea unei decizii de către CNSC și care trebuia pusă în aplicare aceasta rămânând definitivă) ofertantul SC ... SRL nu poate să își modifice oferta iar în justificarea prețului scăzut să uzeze de convențiile terțului, ajutor de care va beneficia în mod exclusiv SC ... SRL și în niciun caz ofertantul SC ... SRL

Față de aceste aspecte Consiliul reține faptul că în speță autoritatea contractantă avea obligația De a trata operatorii economici în mod egal și fără discriminare și să acționeze potrivit principiului transparenței.

Astfel, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată); astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă; în speță ofertantul SC ... SRL nu a demonstrat că dispune efectiv decât de experiența personalului terțului SC Sheraton Guard Protection SRL și nu de personalul în sine pentru derularea contractului, acesta inițial nefiind declarat și subcontractant, cu toate acestea în mod nelegal alege să schimbe regula în timpul reevaluării ofertelor urmare a punerii în aplicare a deciziei CNSC în sensul că transformă terțul în subcontractant pentru executarea contractului aferent lotului 11.

Principiile egalității de tratament și nediscriminării operatorilor economici trebuie interpretate în sensul că se opun ca autoritatea contractantă, după deschiderea ofertelor prezentate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, să accepte cererea unui operator economic care a prezentat o ofertă pentru întreg contractul în discuție de ai lua în considerare oferta în vederea atribuirii numai a anumitor părți din acest contract, deoarece autoritățile contractante au obligația să trateze operatorii economici în mod egal și fără discriminare și potrivit principiului transparenței; în speță, prin acceptarea răspunsului ofertantului SC ... SRL de justificare a prețului prin reorganizarea convențiilor sale și ale altor persoane (terț și subcontractanți) doar pentru 2 loturi în condițiile în care a depus ofertă pentru loturi, autoritatea contractantă a încălcat aceste principii.

Principiile egalității de tratament și nediscriminării impun ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o **ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului**. În consecință, autoritatea contractantă **nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă** cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 31 și jurisprudența citată).

Nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 32 și jurisprudența citată). În acest scop, revine autorității contractante obligația de a se asigura, printre altele, că cererea de clarificare a unei oferte nu conduce la prezentarea, de către ofertantul în cauză, a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 36).

În plus, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora lea fost adresată (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 37).

Este cert că o astfel de comunicare, prin care un operator economic indică autorității contractante, după deschiderea ofertelor, ordinea de prioritate a părților din contractul în cauză potrivit căreia ar trebui evaluată oferta sa, departe de a reprezenta o simplă clarificare punctuală sau o corecție a unor erori materiale evidente, în sensul jurisprudenței amintite la punctul 63 din prezenta hotărâre, constituie, în realitate, o modificare substanțială care se aseamănă mai degrabă cu prezentarea unei noi oferte (Hotărârea din 7 aprilie, Partener Apelski Dariusz C-324-14, punctul 68).

Rezultă că autoritatea contractantă nu poate permite unui operator economic să precizeze astfel oferta sa inițială, în caz contrar încălcându-se principiile egalității de tratament și nediscriminării operatorilor economici, precum și obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctul 43).

Toate aceste considerente se regăsesc în Hotărârea Curții din 7 aprilie, Partener Apelski Dariusz C-324-14 "trimitere preliminară - Achiziții publice - Directiva 2004/18/CE - Capacități tehnice și/sau profesionale ale operatorilor economici - Articolul 48 alineatul (3) - Posibilitatea de a menționa capacitățile altor entități - Condiții și modalități -

Caracterul legăturilor dintre ofertant și celelalte entități – Modificarea ofertei – Anularea și repetarea unei licitații electronice – Directiva 2014/24/UE”

Față de aceste aspecte Consiliul urmează să admită criticile contestatorului cu privire la oferta declarată câștigătoare pentru loturile 8 și 11”.

La data emiterii prezentei, decizia CNSC nr./...../....., ... din data este definitivă și irevocabilă. Această decizie este obligatorie pentru părți, iar cele statuate în dispozitivul și cuprinsul motivării ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauza soluționată de Consiliu, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Efectele puterii de *lucru judecat* prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea ce a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Decizia nr./...../....., ... din data pronunțată de Consiliu, având în vedere caracterul său definitiv și irevocabil prin respingerea plângerii de către Curtea de Apel, a dobândit putere de lucru judecat, în esență, semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio) iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 14170/06.10....., autoritatea contractantă a respins ofertele SC SRL pentru loturile 8 și 11, în baza prevederilor art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 925/2006 deoarece „conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate”, „(...) ci se bazează așa cum a fost reținut anterior că, în execuția contractului, pe o condiție potestativă incertă și nesigură și anume posibilitatea angajării unor persoane care să îndeplinească condițiile impuse de Legea 76/2002 de în cazul în care va fi declarat câștigător, ceea ce face ca oferta depusă să nu fie o ofertă certă, fermă și sigură deoarece manifestarea de voință la care s-a angajat acest operator economic din punct de vedere juridic este afectată de modalități - evenimente viitoare și nesigure (...) Procedând la analiza răspunsurilor elaborate de către SC SRL în disperarea de a obține contractele măcar pentru 2 loturi, Consiliul va reține că acesta alege să își modifice oferta în mod nelegal (...) Față de această susținere Consiliul urmează să o respingă, reținând totodată că, autoritatea contractantă în mod nelegal a declarat câștigător acest ofertant motivat de faptul că aceste convenții au fost depuse ulterior pronunțării deciziei CNSC, mai mult, ofertanții nu pot uza de aceste convenții pe care le încheie cu Agențiile pentru Ocuparea Forțelor de Muncă în toate procedurile de atribuire la care participă în justificarea unor prețuri aparent oferite având în vedere faptul că societatea comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un

singur ajutor, valoare care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează respectivul salariat munca; mai mult prin sublinierea faptului că „nu există obligativitatea ofertantului de executare a prestației în speță servicii de pază prin utilizarea personalului de pază nominalizat în anexele la convenții” SC SRL recunoaște că cei 82 de salariați nominalizați nu vor fi folosiți în prestarea serviciului de pază aferent acestei proceduri de atribuire, probabil fiind angajați în cadrul altor obiective de pază al cărui tarif a fost calculat la fel de scăzut în baza respectivelor convenții”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge ca nefondat capătul de cerere privind respingerea ofertei sale pentru loturile 8 și 11.

În ceea ce privește criticile contestatorului aferente ofertei desemnată câștigătoare pentru loturile 8 și 11, Consiliul va reține următoarele:

- potrivit declarației privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractant și specializarea acestora completat de SC SRL (pagina 255 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), ofertantul respectiv a nominalizat pe SC SRL ca subcontractant pentru monitorizare și intervenție;

- potrivit art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, *„debitorul aflat în procedura insolvenței **nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii**”*.

Din verificarea anunțului de participare și a fișei de date a achiziției, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a stabilit, în sarcina ofertanților, referitor la subcontractanți, doar următoarele obligații:

- „III.2.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*
(...)”

3. *Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art.69¹ din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare (va fi prezentat*

atât de către subcontractant cât și de terțul susținător dacă este cazul)”;

- „III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*
(...)”

Informații privind subcontractanții. Subcontractanții declarați în ofertă nu pot fi schimbați pe parcursul derulării contractului decât cu acordul autorității contractante – modalitate de îndeplinire: Formularul 12G”.

Nefiind contestate în termenele imperativ stabilite la art. 256² din OUG nr. 34/2006 (act normativ în vigoare în intervalul cuprins între data publicării anunțului de participare și data deschiderii ofertelor), prevederile fișei de date a achiziției și anunțului de participare au devenit obligatorii atât pentru ofertanți în elaborarea ofertelor cât și pentru comisia de evaluare desemnată de autoritatea contractantă în evaluarea respectivelor oferte, orice decizie cu privire la oferte fiind circumscrisă atât prevederilor documentației de atribuire cât și principiilor de la art. 2

alin. (2) din OUG nr. 34/2006, astfel cum este prevăzut la art. 16 alin. (1) din același act normativ.

Faptul că ofertantul câștigător *„a declarat ca subcontractant (...) pe SC SRL (...) societate care se află în insolvență”* nu poate fi reținut de Consiliu ca motiv pentru respingerea ofertei SC SRL, câtă vreme, în cuprinsul fișei de date și a anunțului de participare nu au fost stabilite restricții societăților aflate în insolvență.

Faptul că SC SRL are calitatea de subcontractant, nu conferă autorității contractante dreptul de a-i solicita transmiterea de documente de calificare deoarece, prin prisma principiilor de la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens.

În acest context, este evident că solicitarea contestatorului, de respingere a ofertei câștigătoare pentru participarea la procedura de atribuire cu un subcontractant care s-ar afla în insolvență depășește cadrul stabilit de autoritatea contractantă în cuprinsul fișei de date și anunțului de participare elaborate de către aceasta, și s-ar face cu încălcarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării, câtă vreme autoritatea contractantă nu a stabilit reguli/instrucțiuni exprese, în documentația de atribuire, privind depunerea de documente de calificare de către subcontractanți.

În această etapă a procedurii (depunere și evaluare a ofertelor), având în vedere aspecte anterioare, Consiliul reține faptul că membrii comisiei de evaluare nu pot impune cerințe noi față de cele stabilite de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire și aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, potrivit principiul de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Elaborarea caietului de sarcini și obligația autorității contractante de a respecta principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 în cadrul procedurilor care se încadrează în prevederile art. 16 din același act normativ, are ca efect implicit pentru ofertați de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă pentru derularea acestei proceduri, iar în cazul în care cerințele prevăzute în cadrul acesteia nu sunt justificate, sau dacă considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii sau ca urmare a interpretării eronate a unor acte normative în vigoare, puteau notifica autoritatea contractantă sau puteau contesta respectivele cerințe în baza actelor normative aflate în vigoare la acea dată.

În virtutea aplicării principiilor, autoritatea contractantă este obligată de a verifica modul de îndeplinire doar a cerințelor solicitate și

care au fost aduse la cunoștința lor încă de la momentul inițierii, concluzia contestatorului că „oferta SC SRL nu este corespunzătoare din punct de vedere a documentației de atribuire” fiind eronată

În final, Consiliul va respinge susținerile contestatorului potrivit căroră „nici unul dintre tarifele ofertate de participanții la procedură nu poate fi susținut și fundamentat din punct de vedere legal (...) vă detaliem în cele ce urmează elementele minime și imperative ale unui tarif orar care poate fi susținut legal” deoarece contrar principiului de drept conform căruia „actori incumbit probatio” – „sarcina probei incumbă, în mod exclusiv, reclamantului”, principiu transpus în dreptul autohton în cadrul dispozițiilor art. 249 c.p.c, potrivit căroră, referitor la sarcina probei, „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”, contestatorul nu demonstrează care aspecte din cuprinsul ofertelor celorlalți ofertanți nu respectă prevederile legale, limitându-se la a transmite Consiliului un calcul generic al unui tarif de 10,247 lei, tarif de care nici măcar contestatorul nu a ținut cont în elaborarea ofertei sale, acesta ofertând pentru loturile 8 și 11 un tarif de 7,99 lei/oră și, respectiv de 7,74 lei/oră.

Cu privire la acest mod de calcul generic, Consiliul s-a pronunțat anterior, în cuprinsul deciziei nr. /..... /....., ... din data

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge ca nefondată contestația depusă de SC SRL, în contradictoriu cu

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactată în (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.