

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. 2222/C1/2336

Data: 06.10.2021

Prin contestația nr. 1524/03.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 46598/03.09.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, str. ..., ..., județul, având CUI, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub, reprezentată legal de administrator, împotriva documentației de atribuire elaborată de către, cu sediul în, str. ..., județul, în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „Servicii de pază cu agenți autorizați” Cod CPV 79713000-5, s-a solicitat:

- admiterea contestației și pe cale de consecință, remedierea documentației de atribuire, precum și a oricăror răspunsuri subsecvente care se referă la situațiile invocate în contestație, în ceea ce privește aspectele invocate în contestație, astfel încât să fie respectate prevederile legislației în materie și să nu fie restricționat, în mod abuziv, accesul la prezenta procedură de atribuire, a operatorilor economici, cu consecința anulării parțiale/modificării documentației de atribuire și implicit decalarea termenului de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să aibă la dispoziție suficient timp pentru întocmirea ofertelor;

- în subsidiar, în situația aprecierii ca fiind nefondat a petitului anterior, admiterea contestației și, pe cale de consecință anularea procedurii, în cazul în care nu mai este posibilă adoptarea unor măsuri de remediere cu privire la aspectele sesizate.

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

Contestatorul apreciază că se impune anularea procedurii de atribuire pentru încălcări grave a prevederilor legale în materia achizițiilor publice prevăzute de Legea nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016.

În susținere, precizează că documentația de atribuire, constând în: fisa de date, caiet de sarcini, formularele A și B - formulare capacitate financiară și tehnică, formularul F - Fișa de punctaj, formular T -

formular oferta tehnica, conține o serie de cerințe fie ilegale, fie disproporționate, împovărătoare, ilicite, favorizante unor ofertanți care se regăsesc momentan în actualul contract ori s-au regăsit pe parcursul contractelor anterioare.

Arată că în cuprinsul caietului de sarcini, pct. 5.1.1, pag. 3/5, se regăsește următoarea cerință: „Toate obiectivele păzite în regim permanent vor fi monitorizate permanent 24 de ore, prin comunicare cu agenții aflați în perimetrul acestora iar prestatorul trebuie să trimită echipajul de intervenție la posturile fixe la care agentul aceluși obiectiv nu poate îndepărta pericolul sau amenințarea apărută, precum și în situația în care agentul este în imposibilitatea de a își desfășura activitatea (este accidentat, rănit). Timpul de intervenție nu poate fi mai mare de 30 min în zona rurală și 15 min în zona urbană.”

Precizează de asemenea că toate obiectivele care urmează a fi păzite în mod permanent sunt prevăzute la cap. III Obiectivele prezentului contract din caietul de sarcini, pag. 1 și 2, precum și în fișa de date a achiziției, secțiunea II Obiectul contractului, pct. II 1.5, respectiv Locațiile serviciilor care urmează a fi prestate. Din conținutul cap. IV: Cantitatea contractată din caietul de sarcini, respectiv secțiunea II Obiectul contractului din fișa de date, pct. II. 2.1 Cantitatea totală sau domeniul contractului.

Astfel, conform documentației, rezultă faptul că urmează a fi asigurată paza permanentă pentru posturi de 24 de ore/24 de ore, cu excepția posturilor 19 și 20.

Contestatorul menționează de asemenea că, ținând cont de faptul că nu corespunde cantitatea contractată din cuprinsul caietului de sarcini cu cantitatea totală sau domeniul din cadrul fișei de date, în sensul că în fișa de date nu se mai regăsește vreo precizare privitoare la posturile 19 și 20, nefiind corelate practic, aceste date nu sunt transpuse în Formularul F - Fișa de punctaje, în ultimul document fiind menționate doar un număr de 6 posturi permanente din 18 prevăzute inițial, respectiv posturile 16, 18, 3, 6, 10 și 7.

Coroborând cele mai sus menționate, contestatorul precizează că nu rezultă clar că toate informațiile sunt corelate și preluate în integralitate în toate documentele, întrucât nu rezultă nici modalitatea de departajare a ofertanților, dar nici specificarea concretă în ceea ce privește situația celorlalte posturi permanente neevidențiate în Formularul F. În opinia contestatorului, de aici se deprinde concluzia unei abordări deficitare, succinte, eronate, lipsite de conținut și de elemente certe a documentațiilor sus amintite.

În ceea ce privește fișa de date, contestatorul precizează că există o clară neconcordanță între aceasta și caietul de sarcini și fișa de punctaje. Susține că aceasta conține cerințe și note restrictive care, pe lângă caracterul discriminatoriu, sunt menite să îngreuească accesul altor ofertanți la procedură și asigură practic, participarea ofertantului

care are/a avut încheiat deja un contract și care cu siguranță va oferta în continuare.

Astfel, Cap. IV.2 Criterii de atribuire din fișa de date conține o prevedere descrisă după cum urmează: „Ofertantul va completa numărul de persoane din vechiul contract pe dorește să îi angajeze sau este disponibil să îi angajeze în noul contract”.

Contestatorul apreciază că din textul mai sus enunțat, se desprinde concluzia că ponderea de punctaj este de 20% pentru ofertantul care ar avea disponibilitatea să angajeze un număr maxim de 96 de persoane, momentan angajate la SC ...SRL, persoana juridica care a avut contractul până în prezent sau îl are chiar și în continuare.

În opinia contestatorului, această cerință pare imposibil de realizat de oricare alt ofertant cu excepția celui care executa sau a executat contractul până în prezent.

Mai mult, este discriminatorie această cerință, chiar și impusă declarativ, întrucât prezenta societate poate manifesta disponibilitatea, însă nu poate garanta că și salariații respectivi ar accepta condițiile încheierii de contracte de muncă.

De asemenea, arată că deși aceasta cerință este punctată cu o pondere de evaluare de 20%, nu este corelată cu prevederea art. 1 din fișa de punctaj unde apare o sintagmă diferită de cea sus menționată respectiv: „disponibilitatea ofertantului de a angaja în decursul viitorului contract paznicii din actualul, în scopul evitării pierderii locului de muncă a acestora”. În concluzie, intenția de a angaja ori disponibilitatea angajării din fișa de date, este transpusă în fișa de punctaj doar sub forma disponibilității ofertantului de a angaja personalul din actualul contract.

Referitor la pct. 1 Fișa F - Fișa de punctaje, factorul de evaluare privind „disponibilitatea ofertantului de a angaja în decursul viitorului contract paznicii din actualul contract” așa cum este prevăzut la pct. 1 Formular F - Fișa de punctaj, contestatorul menționează că nu rezultă condițiile de preluare a angajaților din contractul în vigoare și nici cum se va proceda la departajarea între ofertanții care își declara această disponibilitate și în ce condiții aplicabile.

Având în vedere faptul că ponderea factorului social este mare, raportată la întregul punctaj, contestatorul apreciază că nu sunt clare și explicite criteriile luate în considerare în evaluarea ofertelor, criterii care urmează a fi prezentate punctual în conformitate cu legislația în vigoare, dar și în raport cu ipoteza intervenită în cazul încheierii de către ofertant a unor convenții cu AJOFM.

În continuare, contestatorul precizează că în cuprinsul fișei de date, cap. IV.2 Criterii de atribuire, pag. 5, Nota nr. 3, pct. 1, sunt expuse 2 situații pe care ofertanții le au la dispoziție, fiind enunțate astfel:

„1. Fie se face intervenția de la sediu sau de la puncte de lucru ale ofertantului. În acest caz vor trebui să prezinte certificatul constatator

din care să reiese că au sediu/punct de lucru în localitatea din care se face intervenția.

2. Fie prin intermediul unui echipaj de intervenție rapidă și un dispecerat organizat conform Legii nr. 333/2003 și a normelor metodologice. Ofertanții trebuie să prezinte în cadrul ofertei anexa la Regulamentul de organizare și funcționare al dispeceratului de monitorizare a sistemelor de alarmă, anexa cu dispunerea echipajelor de intervenție ale dispeceratului, în care să apară localitatea din care se face intervenția, avizată de poliție și adresă de la poliție prin care se dă avizul favorabil regulamentului. Astfel localitatea din care se face intervenția trebuie să apară în această anexă".

Contestatorul apreciază că cerința prevăzută la punctul 1 este nelegală întrucât, potrivit Legii nr. 333/2003 și a art. 93 și 98 din Normele de aplicare aferente, intervenția se poate face numai cu mașini autorizate și avizate de IGPR, evidențiate în anexa 1 B) a dispeceratului, rezultând astfel că nu poate exista ipoteza ori situația prevăzută la punctul 1 al acestei note. Mai mult, această cerință apare lipsită de suport legal în condițiile în care intervențiile se fac numai cu mașini avizate și autorizate de IGPR, iar în cadrul acestei proceduri entitatea contractanta ar accepta și o situație ipotetică în care ofertanții ar trebui să prezinte doar un certificat constatator al societății din care să reiese că au sediul sau punctul de lucru în localitatea în care se face intervenția, fără a respecta astfel dispozițiile legale.

Arată de asemenea că, în aceeași fișă de date a achiziției nr. 20827/ 30.08.2021 (Instrucțiuni pentru ofertanți) coroborate cu dispozițiile factor nr. 1 - factor social prevăzut în Formularul F - Fisa de punctaj, prin care la cap. IV la pct. 2 - Criterii de atribuire, subpct. IV.2.1, Nota 4 sunt menționate următoarele aspecte: „Pentru prețul orar, la elaborarea prețului, cu privire la componenta contribuției la fondul de handicap, se va lua în calcul numărul total de angajați ai ofertantului + numărul de angajați noi ai prezentului contract".

Cu privire la această cerință, contestatorul consideră că are un caracter discriminatoriu și abuziv în condițiile în care ofertantul doar ar trebui să-și manifeste disponibilitatea, nicidecum obligația de a angaja acest personal, astfel includerea acestor salariați în calculul numărului total de angajați ar conduce implicit la majorarea tarifului ofertat de oricare alt participant, cu excepția celui care are sau a avut încheiat contractul și care, nu ar mai fi obligat să includă acest număr de salariați în calcul, deoarece aceștia sunt deja angajați.

În consecință, aceasta nota este abuzivă și nelegală, favorizând unu anumit ofertant.

Menționează că alin. (2) al acestei note prevede: „În cazul în care ofertantul beneficiază de ajutoare de stat/subvenții, acestea trebuie să fie în directă legătură cu actualul contract și cu paznicii din actualul contract. Spre exemplu, dacă ofertantul angajează paznici cu convenție

AJOFM, conform Legii nr. 76/2002 (la zi) privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă, acei paznici trebuie să facă parte din actualul contract și perioada în care ofertantul primește subvenție trebuie să acopere toata durata prezentului contract”.

Contestatorul precizează că prin solicitarea de clarificări nr. 1496/31.08.2021, a cerut clarificarea sintagmelor: „actualul contract” și „prezentul contract”, sintagme care apar în paragraful sus menționat, solicitând totodată, în măsura în care vor fi identificate, să indice cine sunt părțile contractante semnatare atât din „actualul contract”, cât și „prezentul contract”, dată fiind aceasta formulare lipsită de orice fel de înțeles, nefiind în concordanță cu prevederile instituite de HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Pe lângă acest aspect, contestatorul consideră că la o prima lecturare a acestui paragraf ar rezulta, în mod evident, faptul că entitatea contractantă deține informații atât cu privire la faptul că are cunoștință despre convențiile încheiate de SC ...SRL cu AJOFM, precum și faptul că în integralitatea ei, acesta cerință este discriminatorie în raport de oferta oricărui alt ofertant care în mod evident ar fi dezavantajat, întrucât ar fi imposibil ca acesta să fie în „directă legătură cu actualul contract și cu paznicii din actualul contract”.

Prin adresa nr. 1540/07.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 47751/10.09.2021, contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207495052/1, tranzacția nr. 1123777172/1922488993 din data de 07.09.2021 emisă de CEC Bank – Sucursala, în cuantum de 35.000 lei, aferentă dosarului în cauză, constituită conform art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 22195/14.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 48379/14.09.2021, entitatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Preliminar, entitatea contractantă menționează că această contestație s-a depus înainte de răspunsul consolidat care avea termen de publicare în data de 10.09.2021, astfel că în punctul de vedere va lua și măsurile de remediere prin clarificarea aspectelor sesizate de contestator.

Sesizarea 1 referitoare la cerința caietului de sarcini pct. 5.1.1. (pag. 3/5).

Răspuns 1

„Aceasta este o cerință a caietului de sarcini, toate obiectivele în regim permanent, adică 24/24 ore (18 obiective) vor fi monitorizate, nu și cele două cu program de 8 ore, adică posturile 19 și 20. Cu privire la obiectivele care apar în factorii de evaluare sunt cele 6, care prezintă o importanță deosebită, nu toate obiectivele. Cele 6 obiective care apar în factorii de evaluare, sunt obiective deosebite în sensul că au o importanță vitală, fiind sursele de apă ale Municipiului, sursele de

înmagazinare a apei, precum și stația de epurare a Craiovei, în acest caz, fiind prioritară siguranța lor”.

Sesizarea 2 „(...) Vă rugăm să ne clarificați ce urmează a fi stabilit în privința celorlalte posturi de pază permanente cu excepția posturilor 16, 18, 3, 6, 10 și 7”

Răspuns 2

„Pentru toate posturile în regim permanent (posturile 1-18) trebuie să se respecte cerința din caietul de sarcini, respectiv: „Toate obiectivele păzite în regim permanent vor fi monitorizate permanent - 24 de ore, prin comunicare cu agenții aflați în perimetrul acestora iar prestatorul trebuie să trimită echipajul de intervenție la posturile fixe la care agentul acelui obiectiv nu poate îndepărta pericolul sau amenințarea apărută, precum și în situația în care agentul este în imposibilitatea de a își desfășura activitatea (este accidentat, rănit). Timpul de intervenție nu poate fi mai mare de 30 min în zona rurală și 15 min în zona urbană.”

Sesizarea 3.

Răspuns 3.

„Departajarea ofertelor se face conform factorilor de evaluare precizați în formularul F”.

Sesizarea 4

Răspuns 4

„Nu se poate ști numărul exact de persoane care vor fi preluate din actualul contract în vigoare, ci doar disponibilitatea de angajare. Conform notei 2 din formularul F (...)”.

Entitatea contractantă susține că se poate verifica foarte ușor respectarea acestei cerințe sau factor de evaluare dacă spre exemplu ofertantul câștigător va refuza angajarea vreunui paznic din actualul contract în derulare.

Pentru a evita eventualele abuzuri ale angajatorului în sensul că paznici din actualul contract în derulare vor fi angajați totuși, dar în alt punct de pază, la mare distanță de punctul de pază în care activează în actualul contract, punând paznicul în situația de a avea cheltuieli inacceptabile cu deplasarea la locul de muncă, se reformulează Nota 2 din Formularul F, astfel: „Pentru factorul de evaluare 1, factor social, se va preciza doar disponibilitatea de angajare, nu numărul real de persoane angajate din actualul contract, acesta depinzând de actualul prestator și de paznici, și implică faptul că în angajarea noului personal contractual, actualul personal din contractul în vigoare are prioritate la angajare în contractul ce se va încheia cu ofertantul câștigător și pe același post de pază. Calculul se face pentru un număr de max. 96 paznici ce se pot prelua din actualul contract Numărul de paznici completat de ofertant nu poate fi mai mare de numărul de paznici de la factorul 2”.

Sesizarea 5.

Răspuns 5

„..... va anunța din timp toți paznicii din actualul contract despre schimbarea prestatorului, astfel încât fiecare paznic are timpul să decidă și să se consulte cu actualul prestator, dacă pleacă la noul prestator, este păstrat totuși la actualul prestator în alte contracte, sau își caută alt loc de muncă. De asemenea noul prestator va putea face și el aceste diligențe”

Sesizarea 6.

Răspuns 6.

„Se elimină precizarea:

1. Fie se face intervenția de la sediu sau de la puncte de lucru ale ofertantului, în acest caz vor trebui să prezinte certificatul constatator din care să reiese că au sediu/punct de lucru în localitatea din care se face intervenția. Astfel textul de din fișa de date: Ofertanții au la dispoziție două situații:

1. Fie se face intervenția de la sediu sau de la puncte de lucru ale ofertantului. În acest caz vor trebui să prezinte certificatul constatator din care să reiese că au sediu/punct de lucru în localitatea din care se face intervenția.

2. Fie prin intermediul unui echipaj de intervenție rapidă și un dispecerat organizat conform legii 333/2003 și a normelor metodologice. Ofertanții trebuie să prezinte în cadrul ofertei anexa la Regulamentul de organizare și funcționare al dispeceratului de monitorizare a sistemelor de alarmă, anexa cu dispunerea echipajelor de intervenție ale dispeceratului, în care să apară localitatea din care se face intervenția, avizată de poliție și adresă de la poliție prin care se dă avizul favorabil regulamentului. Astfel localitatea din care se face intervenția trebuie să apară în această anexă”.

Se va modifica și devine:

„Intervenția în situații deosebite se va face prin intermediul unui echipaj de intervenție rapidă și un dispecerat organizat conform Legii nr. 333/2003 și a normelor metodologice. Ofertanții trebuie să prezinte în cadrul ofertei anexa la Regulamentul de organizare și funcționare al dispeceratului de monitorizare a sistemelor de alarmă, anexa cu dispunerea echipajelor de intervenție ale dispeceratului, în care să apară localitatea din care se face intervenția, avizată de poliție și adresă de la poliție prin care se dă avizul favorabil regulamentului. Astfel localitatea din care se face intervenția trebuie să apară în această anexă.

Modificarea e valabilă în toată documentația de atribuire, acolo unde mai apare această precizare, în sensul că intervenția în situații deosebite se face doar cu echipaj de intervenție rapidă organizat conform Legii nr. 333/2003 și normelor metodologice”.

Sesizarea 7.

Răspuns 7

„Datorită modulului cum este calculată contribuția la fondul de handicap, prin intrarea în vigoare a contractului, se modifică (mărește)

numărul total de angajați ai ofertantului. Astfel situația de la data limită de depunere oferte se modifică și calculul prețului contractului devine incorect/nelegal. În orice situație însă, prestatorul actual din contractul încă în derulare va avea altă abordare a formării prețului, care își poate păstra numărul de angajați actuali, dacă participă la licitație. Pentru o abordare unitară valabilă pentru orice ofertant, se reformulează această cerință, astfel:

«Pentru prețul orar, la elaborarea prețului, cu privire la componenta contribuției la fondul de handicap, se va ține cont de numărul total de angajați ai ofertantului la data limită de depunere oferte + numărul de paznici noi pe care ofertantul este disponibil să îi angajeze din actualul contract în derulare (cel care apare în factorul de evaluare 1 din formularul F) + numărul de paznici noi pe care intenționează eventual să îi angajeze în actualul contract din altă parte. Prin „paznici noi” se înțelege: paznici care nu erau angajați în cadrul ofertantului la data limită depunere oferte».

Sesizare 8.

Răspuns 8.

„În actualul contract în derulare, nu există niciun salariat angajat cu convenție AJOFM, conform Legii 76/2002”.

Se elimină textul:

„În cazul în care ofertantul beneficiază de ajutoare de stat/subvenții, acestea trebuie să fie în directă legătură cu actualul contract și cu paznicii din actualul contract. Spre exemplu dacă ofertantul angajează paznici cu convenție AJOFM, conform Legii nr. 76/2002 (la zi) privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă, acei paznici trebuie să facă parte din actualul contract și perioada în care ofertantul primește subvenție trebuie să acopere toată durata prezentului contract”

Care se înlocuiește cu următorul text:

„Pentru justificarea prețului unitar, ofertanții vor ține cont de faptul că în actualul contract în derulare nu există niciun salariat angajat cu convenție AJOFM baza legii nr. 76/2002 (la zi) privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă”.

Față de punctul de vedere emis de către entitatea contractantă, contestatorul formulează prin adresa nr.1598/20.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 492599/20.09.2021, concluzii scrise, prin care solicită înlăturarea aspectelor expuse de către entitate, ca fiind nefondate și nesustținute probator, pentru următoarele considerente de fapt și de drept.

Răspuns 1 - deși entitatea contractantă precizează cele 6 obiective care apar în factorii de evaluare ca fiind obiective deosebite, nu înțelege să coreleze în sensul rectificării documentației în conformitate cu cele susținute în contestație.

Contestatorul apreciază că entitatea contractantă nu adoptă nici o măsură de remediere cu privire la sesizarea 1.

Cu privire la răspunsul nr. 3, contestatorul consideră că entitatea contractantă răspunde evaziv, evitând să enunțe explicit modalitatea de departajare a ofertanților în raport de cele susținute în cuprinsul sesizării nr. 3, ba mai mult, deși s-a solicitat clarificarea în mod explicit, aceasta precizează doar că departajarea urmează să se facă conform factorilor de evaluare precizați în Formularul F, fără să îl modifice și să îl completeze în raport de dispozițiile legale.

Cu privire la răspunsul nr. 4, contestatorul consideră că din exprimarea ambiguă nu rezultă concret clarificarea ce s-a solicitat în sensul că se subînțelege faptul că aceasta menține factorii de evaluare prevăzuți în Fisa de punctaj F, reformulând doar frazele inițiale și menținând aceleași criterii discriminatorii față de orice alt ofertant cu excepția celui care are încheiat contract momentan. Apreciază că menționarea cerințelor respective sunt abuzive, nelegale și condiționate de eventualul acord al salariaților actualei societăți care asigură paza, în privința încheierii de contracte individuale de muncă cu prezenta societate.

Cu privire la răspunsul nr. 5 contestatorul precizează că entitatea contractantă nu formulează un răspuns clar și explicit cu privire la sesizarea nr. 5, înțelegând să răspundă la o cu totul alta întrebare.

În continuare, referitor la fișa de date a achiziției nr. 20827/30.08.2021 (Instrucțiuni pentru ofertanți) coroborate cu dispozițiile factor nr. 1 - factor social prevăzut în Formularul F - Fisa de punctaj, prin care la cap. IV la pct. 2 - Criterii de atribuire, subpct. IV.2.1, Nota 4 unde sunt menționate următoarele aspecte: „Pentru prețul orar, la elaborarea prețului, cu privire la componenta contribuției la fondul de handicap, se va lua în calcul numărul total de angajați ai ofertantului + numărul de angajați noi în prezentului contract”, contestatorul consideră că această cerință are un caracter discriminatoriu și abuziv în condițiile în care ofertantul doar ar trebui să-și manifeste disponibilitatea, nicidecum obligația de a angaja acest personal, astfel includerea acestor salariați în calculul numărului total de angajați ar conduce implicit la majorarea tarifului ofertat de oricare alt participant, cu excepția celui care are sau a avut încheiat contractul și care, bineînțeles, nu ar mai fi obligat să includă acest număr de salariați în calcul, deoarece aceștia sunt deja angajați. În consecință, această nota este abuzivă și nelegală favorizând un anumit ofertant.

Menționează de asemenea că prin răspunsul nr. 7 entitatea contractanta reformulează cerința în același mod discriminatoriu menit să avantajeze doar ofertantul care se află momentan în contract și nu răspunde concret și explicit la solicitarea formulată.

Prin adresa nr. 22195/14.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 49264/20.09.2021, entitatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

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

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat, prin procedură proprie, achiziția privind atribuirea contractului de achiziție publică având drept obiect: „Servicii de pază cu agenți autorizați” Cod CPV 79713000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, la secțiunea: „publicitate anunțuri”, anunțul nr. .../30.08.2021, conform căruia valoarea estimată a contractului este de 2.829.680 lei, fără TVA. Potrivit cap. II.2.5, criteriul de atribuire este: „Calitate – preț, precum și factor social”.

Consiliul reține că obiectul prezentei proceduri îl constituie servicii de pază, care reprezintă servicii specifice incluse în Anexa 2 din Legea nr. 99/2016, a căror atribuire se face potrivit art. 124 alin. (1) din lege, prin procedură proprie a entității contractante, elaborând în acest sens documentația de atribuire în cadrul căreia a menționat la pct.III.1.5 din Fișa de date, la „Legislația aplicabilă” Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, motiv pentru care Consiliul va analiza criticile privind documentația de atribuire prin raportare la legislația în materie.

Astfel, în ceea ce privește lipsa unei corelări a obiectivelor / posturilor care urmează a fi păzite și modalitatea de punctare a anumitor posturi permanente, Consiliul urmează a respinge aceste critici ca nefondate având în vedere considerentele ce urmează.

În cadrul documentației de atribuire, respectiv pct.II.2.1) din fișa de date, entitatea contractantă a menționat în mod expres: „*Cantitatea totală de ore servicii de pază, care se anticipează a se achiziționa este de **161.696 ore** aferente unei perioade de 365 zile, pentru un număr de **20 posturi** de pază din care:*

- **157.680 ore (365 zile x 24 ore x 18 posturi permanente) reprezintă paza cu activitate în regim permanent, zilnic cu program de 24 ore pe zi, inclusiv sâmbăta, duminică și zilele de sărbătoare, pentru toate locațiile descrise la punctul II.1.2), cu excepția Casieriei Abonați din incinta SC SA;**
- **4016 ore (9251 zile lucrătoare x 8 ore x 2 posturi) reprezintă paza cu activitate temporară (obiectivul 19 și 20) în următorul interval orar: Luni – Vineri 8:00 – 16:00.**

NOTE: Cantitatea de mai sus este estimată, ea poate să se modifice în funcție de modificările ulterioare prin care se acordă de guvern zile libere pe parcursul derulării contractului, modificarea programului de lucru sau renunțarea sau suplimentarea de posturi de pază”.

Din interpretarea cerinței mai sus iterate, rezultă în mod clar, că serviciile de pază prestate în regim permanent (24/24 ore) se asigură la un număr de 18 obiective (1-18), iar la obiectivele 19 și 20 se vor asigura servicii în regim de 8 ore x 2 posturi.

Situația este similară și în cea ce privește Factorul de evaluare calitate – securitate: *„Timpii de intervenție în situații deosebite”* având pondere de 60%, deoarece și în acest caz entitatea contractantă a indicat în mod expres în cadrul Formularului F denumit – fișa de punctaj, **atât** cele **6** obiective/posturi care constituie o importanță deosebită (obiective/ posturi de care depinde alimentarea cu apă a sute de mii de locuitori), respectiv:

- postul nr. 3 – Stația de înmagazinare și pompare apă Șimnic – 10 puncte;

- postul nr. 6 – Stația de pompare Făcăi – 10 puncte;

- postul nr. 7 – Stația Epurare Făcăi – 10 puncte;

- postul nr. 10 – Stația Pompare Secui – 10 puncte;

- postul nr. 16 – Stația de apă Ișalnița – 10 puncte;

- postul nr. 18 - Stația de apă Isvarna 10 puncte,

cât și algoritmul specific de calcul, respectiv: 10 puncte dacă echipajul de intervenție este pe o rază de 100 m față de punctul de intervenție, sau: $P(n) = \text{timp minim} / \text{timp ofertant}(n) \times 8$.

În raport cu aceste aspecte, Consiliul constată ca fiind incidente prevederile art. 38 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016, care dispun următoarele:

„(1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul „cel mai bun raport calitate-preț” sau „cel mai bun raport calitate-cost”, astfel cum este prevăzut la art. 209 alin. (3) lit. c) și d) din Lege, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.

(2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire”.

Din analiza factorului de evaluare criticat, Consiliul reține pe de-o parte că acesta are legătură cu obiectul contractului de achiziție publică raportat la specificațiile tehnice din caietul de sarcini iar pe de altă parte entitatea contractantă a prevăzut în mod clar și detaliat în cadrul Fișei de date atât algoritmul de calcul cât și metodologia de punctare a acestui factorului: *„Timpii de intervenție în situații deosebite”*, a celor 6 (șase) obiective de importanță deosebită , astfel încât să poată fi urmărit în

cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.

De asemenea, nu este lipsită de relevanță faptul că, nefiind cerință/ criteriu de calificare, potrivit documentației de atribuire, operatorii economici care nu dispun sau nu au capacitatea de supraveghere și intervenție prin mijloace suplimentare, nu sunt excluși din procedură, factorul criticat neavând deci caracter eliminativ, justificarea autorității contractante de stabilire și punctare a acestui factor fiind determinat de avantajul real pe care îl aduce entității contractante, respectiv faptul că: „Reprezintă un element suplimentar de supraveghere și intervenție. Sunt trei mijloace suplimentare de intervenție care acoperă necesitățile entității contractante. Punctajul acordat „patrulelor mobile”, este superior celorlalte două deoarece asigurarea patrulelor mobile contribuie la reducerea riscului apariției evenimentelor infracționale în timp ce celelalte două intervin post factum” (a se vedea strategia de contractare nr. 11282/12.04.2021).

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea factorilor de evaluare și, cu atât mai mult, obligația entității contractante de a modifica acești factori după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este discriminatoriu doar pe raționamentul că acesta din urmă nu a prestat servicii de natura celor punctate și care aduc un avantaj real entității contractante.

Pe de altă parte, Consiliul constată caracterul restrictiv al factorului social având o pondere de **20%**, constând potrivit pct. IV.2.1) din fișa de date în: *„Pentru a se evita situația în care actualii agenți de pază ai contractului actual își vor pierde locul de muncă, în situația în care se schimbă prestatorul s-a impus factor social prin care noul prestator va angaja agenții din cadrul prezentului contract în noul contract. Astfel în cazul în care se schimbă prestatorul, angajații din vechiul contract au prioritate la angajare în noul contract.*

*Ofertantul va completa numărul de persoane din vechiul contract pe care dorește să îi angajeze sau este disponibil să îi angajeze în noul contract. Se va lua în considerare un număr **de 96 de persoane** din **actualul contract**”.*

Având în vedere factorul de evaluare criticat, Consiliul va reține incidența și a următoarelor norme juridice:

- art. 209 alin. (3) lit. c) din Legea nr. 99/2016: *„(3) Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic în conformitate cu dispozițiile alin. (2), entitatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire: (...) c) cel mai bun raport calitate-preț (...);”*

- art. 209 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: *„În sensul alin. (3) lit. c) și d), cel mai bun raport calitate- preț/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu*

și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru”;

- art. 211 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016: „(1) Entitatea contractantă **nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.** (2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de entitatea contractantă **trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici** și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare”.

Din interpretarea textului legal mai sus iterat, rezultă în mod evident că factorii de evaluare stabiliți, în speță factorul social constând în angajarea /preluarea unui număr de 96 de angajați de la prestatorul actual de servicii, trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici. Or, această concurență nu există câtă vreme prestatorul actual este în mod evident avantajat prin faptul că nu mai este nevoit să procedeze la efectuarea de angajări noi, beneficiind de 20% din ponderea punctajului prin simplul fapt că are în derulare la momentul inițierii procedurii un contract de prestări servicii cu entitatea contractantă.

Sub pretextul unei aparente îngrijorări/preocupări sociale și de atitudine proactivă, entitatea contractantă nu are dreptul să transforme o procedură de atribuire cunoscută prin gradul ridicat al concurenței pe care îl asigură în mod uzual într-o procedură direcționată spre anumiți operatorii economici privilegiați datorită relațiilor contractuale existente, denaturând concurența și viciind rezultatul procedurii prin menținerea unui monopol toxic care contravine principiilor care guvernează legislația în materie.

Astfel, factorii de evaluare stabiliți nu trebuie să afecteze concurența între operatorii economici prin punctarea unor ofertanți în funcție de contractele avute în derulare sau numărul persoanelor angajate de prestatorul în cauză, acest raționament regăsindu-se și în Decizia civilă nr. 741/15.06.2020 a Curții de Apel București în dosarul 2170/2/2020.

Relevante în acest sens sunt și dispozițiile art. 67 alin. (4) din Directiva **2014/24/UE** a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a **Directivei 2004/18/CE** care dispun următoarele: „Criteriile de atribuire **nu au ca efect acordarea unei libertăți de selecție nelimitate autorității contractante.** Ele asigură **posibilitatea concurenței efective** și sunt însoțite de specificații care permit verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul evaluării modului în care ofertele îndeplinesc criteriile de atribuire. În caz de îndoială, autoritățile contractante verifică efectiv exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți”.

În **cauza C 27/15, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„36 În această privință, trebuie amintit, pe de o parte, că principiul egalității de tratament impune ca **oferanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți oferanții**. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, **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 oferanților 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 oferanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)”.

Prin urmare, factorul social în cauză contravine dispozițiilor legale mai sus iterate privind asigurarea unei concurențe efective și principiilor nediscriminării și tratamentului egal, motiv pentru care Consiliul va admite această critică și va dispune eliminarea acestuia din cadrul documentației de atribuire.

Situația este similară și în ceea ce privește prevederea din formularul F – Fișa de punctaj, conform căreia: „La elaborarea prețului, cu privire la componența „contribuții la fondul de handicap”, se va lua în calcul numărul total de angajați ai ofertantului + numărul de angajați noi ai prezentului contract”, fiind în strânsă legătură cu factorul social, considerațiile de mai sus enunțate sunt pe deplin aplicabile.

De asemenea, Consiliul apreciază ca întemeiate și criticile contestatorului privind enumerarea situațiilor la factorul calitate - securitate, conform căreia:

„Oferanții au la dispoziție două situații:

1. Fie se face intervenția de la sediu sau de la puncte de lucru ale ofertantului. În acest caz vor trebui să prezinte certificatul constatator din care să reiese că au sediu/punct de lucru în localitatea din care se face intervenția.

2. Fie prin intermediul unui echipaj de intervenție rapidă și un dispecerat organizat conform Legii nr. 333/2003 și a normelor metodologice. Oferanții trebuie să prezinte în cadrul ofertei anexa la Regulamentul de organizare și funcționare al dispeceratului de monitorizare a sistemelor de alarmă, anexa cu dispunerea echipajelor de intervenție ale dispeceratului, în care să apară localitatea din care se face intervenția, avizată de poliție și adresă de la poliție prin care se dă avizul favorabil regulamentului. Astfel localitatea din care se face intervenția trebuie să apară în această anexă”.

Analizând cele două situații expuse de entitatea contractantă, rezultă că, ofertanții ar putea asigura serviciile de monitorizare și intervenție **în oricare** din cele 2 situații, însă pentru a avea dreptul de a presta servicii de monitorizare și intervenție, entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere faptul că operatorii economici trebuie să îndeplinească condițiile **cumulative** prevăzute de art. 93 alin. (1) și (2) din HG nr. 301/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor, care stipulează următoarele:

„(1) Pentru a dobândi dreptul de a presta servicii de monitorizare și intervenție, operatorii economici trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

a) să dețină stația de dispecerizare necesară recepționării semnalelor de la sistemele abonaților, în conformitate cu standardele europene sau naționale în vigoare;

b) să aibă personal angajat și avizat pentru asigurarea serviciului permanent al dispeceratului;

c) să dispună de un sediu înregistrat și autorizat pentru organizarea administrativă și coordonarea operativă a personalului angajat care să corespundă standardelor europene sau naționale în vigoare în privința organizării și funcționării unui centru de monitorizare și recepție a alarmelor;

d) să dețină echipamentele de comunicații și canal de date tip voce în conexiune on-line cu echipajele mobile de intervenție;

e) să dețină autoturismele și să aibă agenți de intervenție pază și ordine pentru verificarea alarmelor și intervenția la evenimente sau să aibă contractate aceste mijloace și servicii de la o societate licențiată;

f) să dețină tehnica necesară pentru înregistrarea convorbirilor operatorului-dispecer cu echipajele, beneficiarul și autoritățile, precum și pentru stocarea acestora pe o perioadă de 30 de zile;

g) să dețină poliță de asigurare valabilă pentru acoperirea riscului privind activitatea de monitorizare și intervenție;

h) să aibă proceduri de lucru asumate prin regulamentul de organizare și funcționare al dispeceratului.

(2) Pentru avizarea regulamentului de organizare și funcționare, solicitantul trebuie să depună la inspectoratul județean de poliție competent teritorial documentația prin care să facă dovada îndeplinirii condițiilor prevăzute la alin. (1), iar, cu ocazia verificărilor efectuate de polițiști la locul de funcționare, să facă dovada existenței lor”.

În condițiile în care ofertantul declarat câștigător nu este autorizat/avizat de a desfășura servicii de monitorizare/intervenție pe raza teritorială a tuturor localităților unde urmează a presta serviciile în cauză rezultă că acesta nu poate îndeplini în condițiile legii cerințele de monitorizare și intervenție la toate obiectivele indicate în cadrul documentației de atribuire.

Prin urmare, cele 2 situații menționate de entitate la factorul calitate – securitate trebuie îndeplinite cumulativ, și nicidecum alternativ, nefiind suficientă demonstrarea existenței uneia dintre condiții.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe exprese sau acestea sunt contradictorii aparține entității contractante. Altfel spus, entitatea contractantă trebuie să se asigure că propunerile tehnice oferite de operatorii economici vor fi sustenabile, vor ține cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în caietul de sarcini.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă SA și să oblige entitatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate criticile cu privire la corelarea obiectivelor/posturilor și modalitatea de punctare a timpilor de intervenție.

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă SA și obligă entitatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate criticile contestatorului cu privire la corelarea obiectivelor/posturilor și modalitatea de punctare a timpilor de intervenție.

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
.....

Redactat practicaua deciziei
....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini.