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. .....

Data: .....

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ....., formulată de SC ..... SRL cu sediul social în Orașul ....., strada Oituz, nr. 30, județul ..... având CUI ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată legal prin administrator, cu sediul ales pentru corespondență în ....., strada ....., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. ....., emisă de către .....SA ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în strada Griviței, nr. 15, ..., ..., în cadrul procedurii de atribuire, a contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect: „....."., Cod CPV: ..... s-a solicitat:

- anularea rezultatului procedurii, precum și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiteri acestor acte în cadrul procedurii de evaluare a ofertelor;
- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere constând în reevaluarea ofertelor financiare ale celorlalți ofertanți.

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

Contestatorul precizează că la data de 22.04.2019, SC .....SA i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, respectiv: „în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prin prezenta vă informăm că în urma evaluării ofertelor depuse la procedura mai sus menționată, oferta depusă de SC ..... SRL a fost declarată inacceptabilă (confort. 134 punctul (6) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare), deoarece a prezentat un certificat

de absolvire a unui manager de securitate care nu era angajatul societății la data depunerii ofertei în SEAP, modificând astfel documentația prezentată inițial. Acest manager a fost angajat, în ziua solicitării noastre de clarificări, respectiv 09.04.2019, urmând a-și începe activitatea, în data de 10.04.2019, conform extrasului revisal prezentat de angajator.

Oferta declarată câștigătoare în urma aplicării criteriului de atribuire este oferta prezentată de SC .....SRL care s-a clasat pe primul loc.

Mai specific, oferta declarată câștigătoare a avut un preț de 694.586, 00 lei la care se adaugă TVA".

Contestatorul consideră că rezultatul procedurii este nelegal și neîntemeiat, aducând în continuare argumente pentru susținerea celor afirmate.

I. Contestatorul consideră că oferta declarată câștigătoare are un preț neobișnuit de mic, iar evaluarea efectuată de autoritatea contractantă nu a respectat prevederile legale aplicabile, deoarece prin oferta depusă, contestatorul a îndeplinit toate condițiile prevăzute în caietul de sarcini, iar prețul ofertat de este unul calculat cu respectarea dispozițiilor legale, orice alt preț mai mic decât cel ofertat de el este neobișnuit de scăzut, iar un asemenea preț putea fi ofertat doar în cazul nerespectării obligațiilor stabilite de Codul Muncii și prin alte acte normative.

Pentru susținerea celor afirmate, contestatorul redă următorul calcul pentru un post de pază, pe un an calendaristic, cu luarea în considerare a salariului minim stabilit prin HG nr. 937/2018.

1. salariul de bază lunar, stabilit prin HG nr. 937/2018: 2.080 lei;

2. salariul de bază exprimat în tarif orar (2.080 lei /167,333 de ore), stabilit prin HG nr. 937/2018: 12,43 lei;

3. cost salariu de bază pentru 1 an pentru 1 post de pază (12,43 lei pe oră x 365 de zile * 24 de ore): 108.886,80 lei;

4. cost spor de noapte (12,430 lei pe oră x cotă spor de noapte x 8 ore pe zi x 365 zile), cotă 25% - suma rezultată: 9.073,90 lei;

5. cost spor pentru zile de sărbătoare legală (12,43 lei pe oră x 100% x 24 ore x nr. zile de sărbătoare legală), cotă 15% - suma rezultată: 4.474,80 lei;

6. cost spor pentru munca prestată în zilele de sâmbătă și duminică (12,43 lei pe oră x 104 x 24 de ore x cotă stabilită %), cotă 1,00% - suma rezultată: 310,25 lei;

7. spor ore suplimentare (la un număr de 4 agenți pe post, la 167,333 ore se efectuează 669 ore. Într-o lună, în medie sunt 730 de ore, deci pentru 61 de ore pe lună se datorează spor de ore suplimentare), cotă 75,00% - suma rezultată: 6.824,07

8. cost concediu legal de odihnă (rândul 3/12 luni): 9.073,90 lei

9. total costuri salariale (rândurile 3+4+5+6+ 7+8): 138.643,72 lei

10. cost contribuție asiguratorie de muncă (2,25% din costurile salariale: rândul 9 X 2,25%), cotă 2,25% - suma rezultată: 3.119,48 lei;

11. total costuri cu forța de muncă (agenți de pază): rândurile 9+10: 141.763,20 lei

12. alte costuri, calculat procentual fată de total costuri cu forța de muncă: cotă 1,00% - suma rezultată: 1.417,63 lei

13. profitul societății, cotă 3,00% - suma rezultată: 4.252,90 lei

14. **cost total 1 post de pază** (rândurile 11 + 12 + 13): **147.433,73 lei**

15. tarif orar total (rândul 13 / 8.760 ore) 16,83 lei

Contestatorul consideră că decizia autorității contractante nu respectă principiul transparenței și egalității de tratament, principii obligatorii potrivit prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 procedurilor de achiziție publică.

Invocând prevederile art. 142 alin. (2), art. 139 alin. (1), art. 145 și art. 137 din Codul Muncii, și art. 78 din Legea nr. 448/2006, contestatorul consideră că fundamentarea prețului prezentat de ofertantul declarat câștigător a fost calculat fără să se țină cont de faptul că activitatea trebuie să genereze profit.

Prin modul de fundamentare a prețului ofertat, contestatorul consideră că operatorul declarat câștigător nu poate acoperii nici măcar cheltuielile obligatorii prevăzute de legislația în vigoare.

II. Referitor la motivul declarării ofertei sale ca fiind inacceptabilă, respectiv art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, precizat de autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului, contestatorul susține că nu s-a produs o modificare prin răspunsul dat la solicitarea de clarificări, astfel că nu sunt incidente dispozițiile alin. (6) ale art. 134 din HG nr. 395/2016 fiind incidente dispozițiile alin. (7) din același articol.

Totodată invocând art. 134 alin. (8) și art. 135 din HG nr. 395/2016, contestatorul consideră că a îndeplinit toate condițiile prevăzute de fișa de date și caietul de sarcini, și prin urmare declararea ofertei sale ca inacceptabilă este nelegală și netemeinică, iar declararea ofertei depusă de SC .....SRL drept câștigătoare este o decizie anticoncurențială și vădit nelegală, nefiind garantată transparența decizională.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ....., contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. .., tranzacția nr. ....., din data de ....., emisă de CEC Bank, Sucursala Slobozia în valoare de .....00 lei pe seama și la dispoziția CNSC, constituită conform art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018.

Prin adresa nr. ....., Consiliul solicită contestatorului să constituie diferența cauțiunii, până la cuantumul prevăzut de Legea nr. 101/2016.

Prin adresa ....., contestatorul depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ....., tranzacția nr. ....., din data de ....., emisă de CEC Bank, Sucursala Slobozia în valoare de 15.911,00 lei pe seama și la dispoziția CNSC, și recipisa de consemnare a cauțiunii

nr. ....., tranzacția nr. ....., din data de ....., emisă de CEC Bank, Sucursala Slobozia în valoare de .....,00 lei pe seama și la dispoziția CNSC, constituite conform art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. ...

Prin adresa nr. ....., înregistrată la Consiliu sub nr. ....., autoritatea contractantă trimite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație și dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă precizează că la data de 22.02.2019 a publicat pe site-ul www.e-licitatie.ro anunțul de participare nr. SCN1038270 în vederea contractării de servicii de pază.

În urma procesului de evaluare a ofertelor și a aplicării criteriului de prețul cel mai scăzut, autoritatea contractantă a declarat oferta depusa de SC .....SRL ca fiind câștigătoare, valoarea ofertată fiind .....,00 lei, fără TVA.

Autoritatea contractantă precizează că afirmațiile contestatorului cu privire la faptul că oferta declarată câștigătoare nu este sustenabilă datorită faptului că nu își poate achita față de salariați toate obligațiile prevăzute de Legea nr. 53/2003, republicată, sunt eronate întrucât a analizat temeinic toate aceste aspecte, pe care ofertantul SC .....SRL le-a detaliat în anexa atașată formularului de oferta financiară.

Astfel, analizând fundamentarea economică prin care au fost stabilite tarifele de 16,90 lei/oră, pentru posturile cu program 24/24 ore, 15,80 lei/oră pentru posturile cu program 12/24 ore noapte, respectiv 14,60 lei/oră pentru posturile cu program 8/24 ore zi, a considerat că nu există motive de inadmisibilitate a ofertei, necatalogând-o ca fiind una aparent neobișnuit de scăzută în raport cu serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a se încheia.

Mai mult, la stabilirea tarifelor, SC .....SRL, a avut în vedere și o diminuare cu 193.610 lei datorită subvențiilor prevăzute de Legea nr. 76/2002, prezentând și convențiile încheiate cu AJOFM pentru salariații ce vor fi angrenați în punctele sale de lucru.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că a respectat prevederile Legii nr. 98/2016, acordând tuturor operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și a acționat într-o manieră transparentă, proporțional și echilibrată pentru toți participanții la procedura.

În ceea ce privește declararea ofertei SC ..... SRL ca fiind inacceptabilă, autoritatea contractantă aduce următoarele argumente.

Potrivit cap. C obligațiile, responsabilitatea și atribuțiile prestatorului, ofertanții trebuiau să aibă manager de securitate, cu experiență în domeniu și o vechime de cel puțin 3 ani în activitate, sens în care se vor prezenta documente doveditoare.

Prin lit. b) cap. E din caietul de sarcini, ofertele trebuiau sa conțină, ca și cerință obligatorie, documente din care să reiasă atestările profesionale ale personalului (inclusiv cei încadrați prin AJOFM și

Managerul de securitate) care execută activitatea de pază, emise de Inspectoratul General al Politiei Romane.

Autoritatea contractantă susține că la data de 08.04.2019, când a evaluat propunerile tehnice a constat că SC ..... SRL nu a prezentat pentru persoana desemnată ca managerul de securitate, cerința obligatorie conform prevederilor caietului de sarcini, respectiv acte doveditoare din care să reiasă că acesta are experiență de minim 3 ani în domeniu, sens în care s-a transmis adresa de solicitare clarificări nr. 6583/08.04.2019.

Prin răspunsul la solicitare nr. 402/09.04.2019, contestatorul depune extrasul de revisal pentru managerul de securitate, însă pentru această funcție apare numele altei persoane, angajată din data de 09.04.2019, adică la momentul formulării răspunsului la clarificări, și mult mai târziu după data depunerii ofertei.

După verificarea răspunsului la clarificări autoritatea contractantă a constatat că ofertantul SC ..... SRL prin angajarea unui manager de securitate în plină procedură de evaluare a ofertelor și-a modificat oferta tehnică, ofertă ce nu corespundea cerințelor obligatorii prevăzute de caietul de sarcini și prin urmare a declarat oferta ca fiind inacceptabila potrivit art. 134 pct. (6) din HG nr. 395/2016.

În susținerea deciziei luate, autoritatea contractantă consideră că a respectat art. 133 alin. (2) și art. 134 pct. (9) lit. e) din HG nr. 395/2016.

Potrivit autorității contractante, faptul că SC ..... SRL a prezentat în oferta tehnică o persoana angajată pe postul de manager de securitate care nu îndeplinea condiția obligatorie de cel puțin 3 ani de activitate iar, după solicitarea de clarificări cu privire la această situație, ofertantul a considerat că prin angajarea ulterioară depunerii ofertei, a unei persoane, care îndeplinea cerințele obligatorii cu privire la experiența minimă și care își începea activitatea la data de 10.04.2019, nu înseamnă că oferta depusă era și acceptabilă, având în vedere dispozițiile legale menționate mai sus.

Referitor la susținerile contestatorului cu privire la decizia luată, respectiv, că ar fi o decizie anticoncurențială și vădit nelegală, nefiind garantată transparența decizională, autoritatea contractantă precizează că operatorul contestator solicită să se ia în calcul o ofertă care la momentul depunerii ei nu îndeplinea cerințele minime obligatorii, cerințe ce au fost îndeplinite de către ceilalți ofertanți ale căror oferte au fost declarate acceptabile.

Având în vedere cele prezentate mai sus, autoritatea contractantă apreciază că propunerea tehnică a operatorului contestator nu a respectat condițiile obligatorii din caietul de sarcini, iar angajarea unei alte persoane după data depunerii ofertei, în momentul în care s-au solicitat clarificări cu privire la aceste aspecte, nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră potrivit prevederilor art. 134 pct. (9) lit. e) din HG nr. 395/2016.

Față de cele prezentate mai sus, consideră că raportul procedurii nr. 7295/22.04.2019 este legal și, pe cale de consecință, solicită respingerea contestației ca fiind netemeinică.

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

.....SA ....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect: „.....", Cod CPV: ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul simplificat ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este ..... lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut".

Având în vedere că una din criticile formulate privește adresa de comunicare rezultat procedură nr. 7291/22.04.2019 prin care oferta contestatorului a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, deoarece a prezentat un certificat de absolvire al unui manager de securitate care nu era angajatul societății la data depunerii ofertei în SEAP, Consiliul va analiza această critică prin raportare atât la prevederile documentației de atribuire cât și legislația specifică în domeniu.

Astfel, conform cerințelor caietului de sarcini, pct. C la *„Obligațiile, responsabilitatea și atribuțiile prestatorului",* ofertanții ***„trebuie să aibă manager de securitate, cu experiență în domeniu și o vechime de cel puțin 3 ani în activitate. Se vor prezenta în acest sens documente doveditoare".***

Analizând modalitatea în care autoritatea contractantă a structurat specificațiile tehnice ale serviciilor de pază și protecție se poate desprinde concluzia că, una din necesitățile autorității contractante este ca ofertanții să dispună în vederea derulării optime a contractului de achiziție publică, de un manager de securitate cu experiență în domeniu și o vechime de cel puțin 3 ani în funcția aferentă.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită serviciilor de pază care urmează a fi prestate să fie descrise în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unor servicii de pază și protecție care să aibă anumite caracteristici sau cerințe specifice sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din

cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricăror servicii de pază și protecție deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unora care să asigure personal specializat și adecvat cu vechime în domeniu.

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 caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Potrivit prevederile art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 oferta care cuprinde și propunerea tehnică reprezintă actul juridic prin care operatorii economici își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică.

Or, din analiza ofertei depusă de SC ..... SRL se constată că aceasta nu a depus în cadrul ofertei tehnice documentele doveditoare referitoare la managerul de securitate, motiv pentru care autoritatea contractantă a solicitat contestatorului prin adresa nr. 6165/29.03.2019 următoarea clarificare: „nu regăsim în documentația prezentată: atestate pentru agenții de securitate și nici pentru managerul de securitate, așa cum a fost menționat în documentația de atribuire”.

Mai mult, contestatorul nu s-a conformat nici ca urmare acestei solicitări, deoarece managerul de securitate propus în persoana d-lui ..... Daniel nu îndeplinea cerința experienței minime de 3 ani în domeniu (a prezentat un certificat de absolvire din anul 2017), motiv pentru care autoritatea contractantă revine cu o nouă adresă de solicitare clarificare nr.6583/08.04.2019 prin care solicită: „să atașați, dacă aveți, documentul corespunzător cerințelor din caietul de sarcini, (...) sub sancțiunea respingerii ofertei ca fiind neconformă (...)”.

Prin depunerea ofertei, SC ..... SRL și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și declarațiile pe propria răspundere din cadrul DUAE iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre). Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei tehnice trebuie să țină cont de toate cerințele exprese ale documentației de atribuire, astfel încât nu pot propune efectuarea unor servicii care nu respectă întocmai cerințele impuse atât în cadrul documentației de atribuire cât și

legislația specifică, doar în baza unei simple decizii comerciale în încercarea de fi declarată ca și câștigătoare a ofertei sale prin vicierea rezultatului.

Tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă prin adresele nr. 6165/29.03.2019 și nr.6583/08.04.2019 publicate în SEAP, respectiv de a clarifica neconformitățile constatate cu privire la propunerea tehnică în raport cu cerințele documentației de atribuire, la care contestatorul avea obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență în sensul transmiterii explicațiilor/ indicării documentelor de conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

Or, din răspunsul transmis prin adresa nr. ..., rezultă fără echivoc că, SC ..... SRL nu îndeplinește cerința în cauză, deoarece pe de-o parte a modificat oferta tehnică depusă, înlocuind managerul de securitate propus inițial cu dl. Iacobescu Marcel-Petrică, iar pe de altă parte, acesta din urmă nu era angajatul societății la data limită de depunere a ofertei în SEAP (08.03.2019), fiind angajat în ziua solicitării de clarificări din partea autorității contractante, respectiv 09.04.2019, urmând a-și începe activitatea în data de 10.04.2019 conform extrasului Revisal prezentat de angajator.

În cauza C-523/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647,

punctul 40, precum și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16,

EU:C:2017:358, punctul 33)”.

Este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, însă în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

Mai mult, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a lor și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Pasivitatea contestatorului în așteptarea rezultatului procedurii, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea la acest moment a unui demers judiciar întemeiat pentru eliminarea/modificarea aspectelor reclamate. Nu este permis ca ofertantul să rămână în expectativă pe durata intervalului cuprins între data solicitării clarificării și data comunicării rezultatului procedurii, sperând că va fi declarat câștigător și ulterior va încheia contractul de achiziție publică, iar după aflarea rezultatului să reclame solicitările autorității contractante considerate necesare pentru evaluarea ofertei.

În cauza C-131/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul nici să solicite și/sau accepte înlocuirea înscrisurilor generice și eronate din oferta depusă de SC ..... SRL, având în vedere că un astfel de demers ar fi constituit avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, în speță transformarea unei oferte care nu a fost elaborată corespunzător documentației de atribuire (sancționată de legiuitor cu respingerea ca neconformă), într-una conformă.

Prin urmare, în acord atât cu dispozițiile legale amintite, cât și cu cele ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă trebuia să analizeze conformitatea tuturor ofertelor prezentate, cu respectarea principiului tratamentului egal consacrat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, raportat la toți operatorii economici participanți la procedura în cauză.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte 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 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 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 SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, 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 le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „*În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă*”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile documentației de atribuire, elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau

neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f), i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării propriei sale oferte sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Pe cale de consecință, constatând că autoritatea contractantă a consemnat în mod corect caracterul neconform și inacceptabil al ofertei contestatorului, Consiliul urmează a respinge ca lipsită de interes solicitarea acestuia privind reevaluarea ofertei aparținând SC .....SRL având în vedere considerentele ce urmează.

Astfel, potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *„orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.*

Față de aceste aspecte, din articolul antemenționat rezultă „ipso facto” că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel, interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Cu alte cuvinte, procedura judiciară nu trebuie să fie pusă în mișcare dacă nu aduce părții un avantaj legal și urmărește doar șicanarea părții adverse.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestației să aparțină celui care recurge la formularea acesteia și să fie născut și actual deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că, prin declanșarea unei proceduri de soluționare a contestației, nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu al acțiunii de a contesta.

Printr-un demers în justiție trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvgardarea legii în general.
De asemenea, Consiliul reține faptul că, în literatura de specialitate, se precizează că interesul este actual, în sensul că, dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv, s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel rezultă că un interes eventual, ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

Față de acest aspect, Consiliul constată că SC ..... SRL nu ar putea obține niciun folos material și direct din reținerea ca inacceptabilă a ofertei depuse de SC .....SRL, deoarece eventuala înlăturare a acestuia ca urmare a admiterii criticilor nu ar avea ca rezultat anularea procedurii sau transformarea propriei oferte în una conformă și admisibilă ci solicitarea de clarificări și după caz desemnarea ca și câștigătoare a procedurii a ofertantului clasat pe locul 3 dintre ofertele admisibile.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 este exclusă condiția existenței unui interes actual și direct și totodată a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce contractul nu ar putea fi atribuit contestatorului.

Pentru a dispune astfel, s-a luat în considerare și împrejurarea că, chiar dacă contestatorul s-ar prevala de existența unui interes public, dedus din necesitatea respectării dispozițiilor imperative în materia achizițiilor publice, respectiv a principiilor care o guvernează, în cauză devin incidente prevederile art. 8 alin. (11) din Legea nr. 554/2004, invocarea apărării unui interes legitim public fiind permisă numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea acestuia decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat.

Eventuala anulare a raportului procedurii actual nu ar da contestatorului posibilitatea de a participa din nou la etapa de reevaluare a ofertelor ca urmare a reluării acesteia, motivele referitoare la ofertele contracandidaților săi (aplicabile în egală măsură și ofertei contestatorului), nefiind de natură să îi asigure accesul la încheierea contractului.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să motiveze și să dovedească care este interesul născut și actual, prejudiciul/vătămarea produsă și motivele care ar determina respingerea ofertelor aflate pe locurile inferioare, ca inacceptabile.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....SA .....

Pentru aceste motive

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de către SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....SA .....

Obligatorie.

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