



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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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. 90/22.01.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 3755/25.01.2021 și, respectiv, sub nr. 4163/26.01.2021, ..., cu sediul în ..., având adresa de corespondență în ..., înregistrată la Oficiul Național al Registrului Comerțului cu nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de administrator, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii „proprie” de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază și protecție”, cod CPV 79713000-5 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat anularea procedurii de atribuire.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținerea contestației, ... arată că operatorii economici interesați trebuie să analizeze și să pregătească oferta, de altfel una ce trebuie să răspundă unor cerințe foarte specifice și detaliate, într-un termen de o zi lucrătoare. Ori, în mod evident, acest termen nici nu permite operatorilor economici formularea de solicitări de clarificări și primirea răspunsurilor aferente acestora. Prin stabilirea unui termen atât de scurt, autoritatea contractantă a încălcat, în mod flagrant, prevederile art. 2 alin (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatoarea precizează că unul din factorii de evaluare stabiliți de autoritatea contractanta este „Agenții de pază, alocați desfășurării contractului au cursuri de prim ajutor”, cu o pondere de 30%.

În acest sens, ... subliniază că Legea nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor și Normele Metodologice de Aplicare a acesteia nu prevăd ca agenții de pază să aibă atribuțiuni de acest fel. Astfel, autoritatea contractantă restricționează, în mod clar, accesul operatorilor economici prin stabilirea acestui criteriu.

Ca și cerință privind capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea a:

„Minim 3 recomandări, emise de unități spitalicești publice sau private, cu minim 100 paturi, recomandări conform cărora, în ultimii trei ani, ofertantul a prestat serviciul, în mod corespunzător, cel puțin un an, neîntrerupt. Dintre aceste recomandări, minim una trebuie să fie emisă de o unitate publică sau privată în care se prestează servicii medicale similare celor prestate în ... «Prof. ...»”.

... consideră că aceste cerințe sunt abuzive, restrictive și nelegale și critică nerespectarea de către autoritatea contractantă a prevederilor Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, a prevederilor art. 3 alin. (5) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017, emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu încălcarea principiilor transparenței și promovării concurenței, contestatoarea fiind practic în imposibilitatea de a participa la această procedură datorită lipsei de transparență și încălcării prevederilor legale.

Totodată, ... învederează că potrivit art. 178 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cerințele privind capacitatea tehnică și profesională pot viza, în special, existența unui nivel corespunzător de experiență prin raportare la contractele executate în trecut, operatorul economic putând face dovada îndeplinirii cerințelor prin prezentarea informațiilor și documentelor menționate la art. 179 alin. (1) din Legea menționată anterior.

Contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă are dreptul de a stabili, în cadrul documentației de atribuire, cerințe privind capacitatea tehnică și profesională, necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele și experiența necesare pentru execuția contractului la standardele de calitate corespunzătoare. Ca regulă generală, toate cerințele privind capacitatea trebuie să aibă legătură directă și să fie proporționale cu obiectul contractului de achiziție publică.

În acest sens, ... apreciază că cerința privind experiența nu trebuie să fie identică, ci similară cu obiectul contractului și trebuie formulată, astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței.

Așadar, în cadrul modelului de fișă de date - versiunea decembrie 2016 din Notificarea nr. 256/08.12.2016, pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Experiența similară, publicată pe site-ul ANAP, sunt prezentate instrucțiuni și exemple de bună practică, utile, atât autorităților contractante, cât și operatorilor economici potențiali ofertanți la procedurile de atribuire. Astfel, conform acestor instrucțiuni autoritatea contractantă *va explicita similaritatea activităților într-o manieră obiectivă, care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele ce fac obiectul contractului, cu încadrarea într-o descriere mai generală, guvernată de principiul „cine poate mai mult poate și mai puțin”.* Formularea cerinței trebuie să fie una generală, prin raportare la domeniul activității care caracterizează obiectul principal al contractului, evitându-se trimiterea la codul CPV ales pentru descrierea obiectului contractului.

Astfel, prin formularea cerinței și explicitarea similarității, conform acestor instrucțiuni, autoritatea contractantă oferă potențialilor ofertanți posibilitatea de a prezenta informațiile și documentele necesare pentru demonstrarea experienței similare. Totodată, în sensul celor precizate anterior, în vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similară în cadrul unei proceduri de atribuire, se vor avea în vedere și prevederile Instrucțiunii nr. 2/2017, în speță art. 3 și art. 5 alin. (1) și (2), în cadrul căruia sunt exemplificate situații concrete legate de modalitatea de formulare/îndeplinire a cerinței respective. Ca urmare, modul în care trebuie demonstrată experiența similară în cadrul procedurilor de atribuire a unor contracte de lucrări nu poate fi determinat prin raportare la codul CPV, ci prin raportare la cerința concretă și explicația aferentă experienței similare, astfel cum au fost acestea formulate în cadrul documentației de atribuire de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2020, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 35.000 lei, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Totodată, CNSC a solicitat ... înaintarea contestației în original, însoțită de mijloacele de probă pe care se sprijină aceasta, precum și de dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu.

De asemenea, CNSC a solicitat ... completarea contestației cu obiectul acesteia, conform art. 10 lit. e) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 755/26.01.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 4360/27.01.2021, autoritatea contractantă a înaintat punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de ..., solicitând, în principal, respingerea acesteia, ca fiind lipsită de interes și, în subsidiar, ca nefondată.

... arată că ... nu și-a manifestat în niciun fel interesul față de procedura de atribuire, nici prin depunerea unei oferte, nici prin solicitări de clarificare sau de decalare a termenului limită de depunere.

... invocă interesul față de procedura de atribuire, prin formularea unei contestații, prin care solicită anularea procedurii, nu însă și modificarea caietului de sarcini și reluarea procedurii. Acest fapt denotă că ... nu intenționează să depună ofertă în cadrul unei proceduri concurențiale.

Cu privire la lipsa de interes a contestatoarei ..., autoritatea contractantă învederează următoarele:

- Conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, doar persoanele vătămate într-un drept sau interes legitim au dreptul de a formula contestații.

- Art. 3 din Legea nr. 101/2016 definește noțiunea de „persoană vătămată”, respectiv *„orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

(3) în sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

- Pe cale de consecință, interesul în legătură cu o procedură de atribuire se manifestă, în primul rând prin depunerea unei oferte și atât timp cât oferta nu este exclusă definitiv de la respectiva procedură, operatorul economic are dreptul de a formula contestație, însă, ... nu a depus ofertă, implicit procedura nu a prezentat interes până la momentul depunerii ofertelor.

Cu privire la fondul cauzei, ... precizează următoarele:

- Contestatoarea susține că intervalul de timp dintre postarea anunțului de publicitate în SEAP și termenul limită de depunere a ofertelor a fost insuficient pentru elaborarea unei oferte. Autoritatea contractantă opinează că ar fi putut fi considerată veridică și de bună credință afirmația contestatoarei, dacă ar fi fost făcută anterior

termenului limită de depunere a ofertelor și ar fi fost precedată de o solicitare de decalare a termenului limită de depunere a ofertelor.

- În ceea ce privește cea de a doua obiecțiune, referitoare la factorul de evaluare, contestatoarea face două afirmații vădit eronate, conform cărora,

- în primul rând, prin acest factor de evaluare se restricționează accesul la procedură;
- și se încalcă prevederile Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor

- Autoritatea contractantă susține că, în esență, un factor de evaluare nu va restricționa niciodată accesul la procedură al operatorilor economici. Scopul factorilor de evaluare este acela de contura un nivel superior calitativ al prestării serviciilor. Totodată, stabilirea factorului de evaluare privind cursuri de prim ajutor nu intră în contradicție cu prevederile Legii nr. 333/2003, deoarece acest act normativ nu interzice ca agenții de pază să aibă calificări suplimentare care să concure la prestarea serviciilor de pază.

- Mai mult decât atât, ... menționează că potrivit Manualului pentru organizarea selectării de contracte pentru serviciile private de pază - Selectarea celui mai bun raport calitate - preț, manual postat pe site-ul Patronajului Serviciilor de Securitate, www.patrosec.ro, se recomandă instruirii și calificări suplimentare ale personalului.

„Dovada unei instruirii de bază (recunoscută în plan național sau obligatoriu) primită de personalul de pază poate, de asemenea, să asigure faptul că agenții stabiliți prin contract au abilități cheie și capacitatea cerută în activitatea de pază. Contractorii ar trebui să elaboreze în notițele de ofertă orice instruire adițională tehnică sau contractuală specifică care este cerută pentru a fi numiți să activeze într-o zonă de pază”.

- În ceea ce privește obiecțiunea privind criteriile de calificare privind prezentarea a *Minim 3 recomandări, emise de unități spitalicești publice sau private, cu minim 100 paturi, recomandări conform cărora, în ultimii trei ani, ofertantul a prestat serviciul, în mod corespunzător, cel puțin un an, neîntrerupt. Dintre aceste recomandări, minim una trebuie să fie emisă de o unitate publică sau privată în care se prestează servicii medicale similare celor prestate în ...*, autoritatea contractantă precizează următoarele:

1. Ofertantul invocă în mod haotic și repetat încălcarea principiilor guvernante în domeniul achizițiilor, încălcarea prevederilor Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, fără a aduce și argumente în susținerea afirmațiilor făcute.

2. Din exprimarea abundând de recomandări generale privind scopul cerinței de calificare „experiență similară” nu se înțelege exact obiecțiunea contestatoarei.

3. Este relevant de amintit faptul că serviciile ce vor fi achiziționate trebuie să țină seama de specificul autorității contractante, respectiv

spital de psihiatrie. Patologia pacienților internați în cadrul spitalului de psihiatrie este diferită de patologia pacienților internați în alte categorii de spitale. Din acest punct de vedere, se impune ca prestarea serviciilor de pază și protecție în cadrul ... să fie particularizată în funcție de factorii de risc cu incidență exclusivă în cadrul spitalelor de psihiatrie (tendințe de suicid, agresivitate, imprevizibilitate, etc.), incidente ce pun în pericol grav siguranța pacienților, cadrelor medicale și a vizitatorilor.

4. În România există sute de spitale publice și private cu minim 300 de paturi și există aproximativ 30 de spitale doar publice în care se prestează servicii medicale similare celor prestate în ... și în Centrul de Sănătate Mintală cu minim 100 paturi. Autoritatea contractantă susține că din acest punct de vedere, nu este restrictivă solicitarea.

5. Totodată, se invocă încălcarea Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 deși, un exemplu de bună practică similar cu solicitarea autorității contractante se regăsește în textul acestui act normativ:

„Exemplul de bună practică nr. 1 pentru formularea cerinței de calificare referitoare la experiența similară, utilizându-se caracteristici cantitative pentru contracte de servicii (în cazul contractelor în care există o relație directă între volumul resurselor necesare - date de intrare aferente implementării contractului și rezultatul ce urmează a fi obținut - date de ieșire): într-o procedură de atribuire a unui contract având ca obiect prestarea de «Servicii de curățenie în interiorul clădirii cu destinație birouri - suprafață de curățat 10.000 mp» ofertantul trebuie să facă dovada că a realizat în ultimii 3 ani, în cadrul a maximum 3 contracte, servicii de curățenie similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, pentru o suprafață de cel puțin 6.000 mp, aferentă unor clădiri cu utilizare similară din punctul de vedere al activității desfășurate în clădirea respectivă.”

Prin adresa nr. 117/27.01.2020, depusă, în original, prin registratura Consiliului, înregistrată la CNSC sub nr. 4376/27.01.2021, ... a depus la dosarul cauzei, între altele, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., în sumă de 35.000 RON, eliberată la data de 27.01.2021 de CEC Bank – Sucursala

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante înaintarea dosarului achiziției publice, precum și a dovezii privind informarea operatorilor economici interesați cu privire la contestația formulată de

Prin adresa nr. 907/28.01.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 4798/29.01.2021, autoritatea contractantă a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 144/29.01.2021, transmisă inițial prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la CNSC sub nr. 5004/01.02.2021 și, respectiv sub nr. 5345/02.02.2021, ... a precizat obiectul contestației ca fiind obligarea autorității contractante să ia măsuri de remediere, respectiv la anularea

procedurii de atribuire conform prevederilor legale, respectiv art. 212 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat ... eventuale susțineri cu privire la excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere depus la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 190/05.02.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 6192/08.02.2021, ... solicită respingerea excepției lipsei de interes.

De asemenea, ... arată că în calitate de potențial ofertant a contestat cerințele nelegale și restrictive din documentația de atribuire, dat fiind faptul că aceasta limitează accesul operatorilor economici la procedură.

Totodată, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu poate lua măsuri de remediere ce nu aduc modificări substanțiale documentației de atribuire, motiv pentru care a solicitat anularea procedurii de atribuire.

Mai mult, ... opinează că depunerea unei oferte în cadrul procedurii ce face obiectul contestației ar fi în contradictoriu cu toate aspectele semnalate în cuprinsul contestației.

Un alt aspect subliniat de ... este că îndeplinește condițiile prevăzute de art. 3 din Legea nr. 101/2016, interesul său fiind participarea la procedură de atribuire a contractului, după reluarea acesteia, în condiția în care autoritatea contractantă pune la dispoziția operatorilor economici o documentație de atribuire ce nu încalcă prevederile legale.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 7483/15.02.2021, autoritatea contractantă a retransmis procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 2302/25.01.2021.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura „proprie” de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază și protecție”, cod CPV 79713000-5 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de publicitate nr. .../21.01.2021, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 25.01.2021, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 2.908.662,40 lei.

Luând la cunoștință de prevederile documentației de atribuire atașată anunțului de publicitate nr. .../21.01.2021 și fiind nemulțumită de conținutul acesteia, la data de 22.01.2021, ... a transmis Consiliului contestația care formează obiectul prezentului dosar solicitând obligarea autorității contractante la luarea unor măsuri de remediere, respectiv să anuleze procedura de atribuire, fără a formula și o cerere de suspendare a acesteia.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului, în original, dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu

modificările și completările ulterioare, respectiv plata cauțiunii în sumă de 35.000 lei, constituită prin recipisa de consemnare nr. ... din data de 27.01.2021 emisă de CEC Bank – Sucursala

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Analizând stadiul procedurii de atribuire în cauză, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a înțeles, din proprie inițiativă, să suspende prezenta procedură de atribuire în cadrul căreia, așa cum rezultă din Procesul-verbal nr. 2302/25.01.2021 a fost depusă o singură ofertă, de către ..., astfel încât în situația în care una sau mai multe critici ale contestatoarei va fi apreciată de Consiliu ca întemeiată nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere impunându-se anularea procedurii de atribuire.

Preliminar analizării fondului cauzei, Consiliul se va pronunța cu privire la excepția invocată de autoritatea contractantă privind lipsa de interes a contestatoarei întemeiată pe considerentul că ... nu a depus ofertă și „implicit procedura nu a prezentat interes până la momentul depunerii ofertelor”.

În soluționarea excepției, Consiliul reține că, în conformitate cu dispozițiile 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”*.

De asemenea, art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 prevede: *„persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește **cumulativ următoarele condiții:***

*(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și
(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”*

Codul de procedură civilă stabilește: Art. 32. – *„(1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:*

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;*
- b) are calitate procesuală;*
- c) formulează o pretenție;*
- d) justifică un interes.*

(2) *Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor*”.

Art. 33. – „Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual”.

Deși nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic **imediat** pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și **actual**.

Analizând contestația formulată de ..., Consiliul reține că acest operator economic critică următoarelor prevederi din documentația de atribuire:

- termenul de 1 zi lucrătoare pentru depunerea ofertelor;
- factorul de evaluare: *„Agenții de pază, alocați desfășurării contractului au cursuri de prim ajutor”*;
- cerința privind capacitatea tehnică și sau profesională: *„Minim 3 recomandări, emise de unități spitalicești publice sau private, cu minim 100 paturi, recomandări conform cărora, în ultimii trei ani, ofertantul a prestat serviciul, în mod corespunzător, cel puțin un an, neîntrerupt. Dintre aceste recomandări, minim una trebuie să fie emisă de o unitate publică sau privată în care se prestează servicii medicale similare celor prestate în ... «...»”.*

În condițiile în care ... este o societate care acționează pe piața serviciilor de securitate, fiind interesată de participarea la prezenta procedură de atribuire, Consiliul constată că prezentele critici sunt justificate de existența unui interes actual, având în vedere faptul că, în opinia contestatoarei, cerințele criticate ale documentației de atribuire sunt abuzive, restrictive și nelegale/încalcă principiile statuate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și o împiedică pe aceasta să participe la procedură (vătămând-o), solicitarea contestatoarei vizând, în final, anularea procedurii de atribuire.

Consiliul nu poate reține susținerea autorității contractante referitoare la faptul că ... nu ar justifica un interes deoarece nu a depus ofertă, pentru următoarele motive:

Prin contestarea documentației de atribuire și depunerea ofertei, ... nu ar fi avut o atitudine consecventă, liniară ci una contradictorie, creându-se două situații juridice, în funcție de care, în viitor, ar fi avut posibilitatea să opteze în funcție de interesul său la acel moment.

Astfel, dacă oferta sa ar fi fost declarată câștigătoare, în mod evident ar fi renunțat la acțiune (contestație/plângere), optând pentru încheierea contractului (scopul oricărui ofertant fiind acesta) iar în situația în care oferta sa ar fi fost respinsă opțiunea societății ... ar fi fost

aceea de a insista în desființarea procedurii de atribuire, respectiv admiterea contestației și anularea procedurii de atribuire întrucât în stadiul actual al procedurii de atribuire nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere cu privire la prevederile documentației de atribuire.

Conform dispozițiilor art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016, „oferta” reprezintă „actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică”. În consecință, orice ofertant urmărește câștigarea procedurii și, deci, încheierea contractului de achiziție publică cu autoritatea contractantă și nu anularea procedurii, așa care s-a solicitat prin prezenta contestație.

În consecință, pentru motivele anterior menționate, Consiliul va respinge excepția invocată de autoritatea contractantă.

În continuare, Consiliul procedează la analiza pe fond a cauzei.

În ceea ce privește, critica autoarei contestației referitoare la faptul că termenul de 1 zi lucrătoare pentru depunerea ofertelor, este insuficient pentru formularea de solicitări de clarificări și primirea răspunsurilor aferente, fiind încălcate principiile statuate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată următoarele:

Art. 68 din Legea nr. 98/2016, stipulează următoarele:

„(1) Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât valorile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele:

(...)

h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice;

(...)”.

Art. 111 alin. (1) din același act normativ, prevede următoarele:

*„(1) Procedura de atribuire prevăzută la art. 68 alin. (1) lit. h), aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2, este o procedură proprie, autoritatea contractantă având obligația respectării **principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)**”.*

„Serviciile de pază și protecție” pe care autoritatea contractantă intenționează să le atribuiască prin prezenta procedură de atribuire, având cod CPV 79713000-5 (Rev.2), sunt menționate în Anexa 2 a Legii nr. 98/2016, autoritatea contractantă având obligația de a respecta principiile statuate la art. 2 alin. (2) din legea anterior menționată.

Valoarea estimată a prezentei proceduri de atribuire este de 2.908.662,40 lei fără TVA, mai mică decât pragul menționat la art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„3.506.625 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de servicii care au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2”*, în cuprinsul aceluiași text de lege, menționându-se la alin. (2), următoarele: *„Autoritatea contractantă atribue contractele de achiziție*

*publică/acordurile-cadru și organizează concursurile de soluții care privesc achiziții publice a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (1) prin aplicarea unei proceduri simplificate, cu respectarea **principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)**”.*

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține că durata prestării serviciilor pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze este 01.03.2021 – 31.12.2021, cu posibilitatea prelungirii pentru perioada 01.01.-30.04.2022 iar paza urmează a fi asigurată pentru următoarele obiective ale autorității contractante:

„... «Prof. ...», ...

și

...”, Spitalul având „secții de psihiatrie și psihiatrie – toxicomanie”, efectuând „internări nonvoluntare conform Legii 487/2002, revizuită în 2012 și a Normelor de aplicare a acestora (OMS 488/ 2016)” și „obligatorii, consecință a aplicării Art. 110 Cod penal și Art. 248 Cod Procedura Penală”, Centrul de Sănătate Mintală fiind un „Centru de tratament în ambulatoriu al toxicodependenților; suport psihologic de specialitate”.

Din analiza coroborată a prevederilor documentației de atribuire, se constată că prezenta procedură de atribuire, deși are o valoare mai mică decât pragul menționat la art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, este o procedură a cărei documentație de atribuire conține prevederi specifice (unele din ele chiar contestate de către ...), justificate de faptul că *„prestarea serviciilor de pază și protecție în cadrul ... trebuie să fie particularizată în funcție de factorii de risc cu incidență exclusivă în cadrul spitalelor de psihiatrie (tendințe de suicid, agresivitate, imprevizibilitate, etc), incidente ce pun în pericol grav siguranța pacienților, cadrelor medicale și a vizitatorilor”* (Caietul de sarcini, pag. 3 – numerotarea aparține Consiliului).

Față de cele mai sus menționate, în raport de critica analizată, Consiliul mai reține faptul că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de publicitate nr. ... la data de **21.01.2021 (joi), ora 14:15**, iar termenul limită pentru primirea ofertelor a fost stabilit pentru data de **25.01.2021 (luni), ora 10.00**, acestea urmând a fi depuse la sediul autorității contractante, procedura desfășurându-se offline, prin urmare în intervalul de timp stabilit de către autoritatea contractantă se află o singură zi lucrătoare (vineri).

Pentru a participa la prezenta procedură de atribuire, ofertanții ar fi trebuit, pe lângă, întocmirea propunerii tehnice, a celei financiare, completarea unor declarații pe propria răspundere, identificarea unor agenți de pază care să aibă și cursuri de prim ajutor (factor de evaluare căruia i-au fost alocate 30 de puncte) să obțină și documente emise de terți, de exp.:

- cazierul judiciar al operatorului economic sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;

- Certificat de atestare fiscală privind lipsa datoriilor restante referitor la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării;

- Certificat fiscal privind lipsa datoriilor restante referitor la plata impozitelor, taxele locale și alte venituri ale bugetului local eliberat de Primărie (Consiliul Local) la momentul prezentării;

- Certificat constatator, eliberat de Oficiul Registrului Comerțului (informațiile cuprinse în certificatul constatator trebuie să fie reale/actuale la momentul prezentării), din care să reiasă că ofertantul are ca obiect de activitate principal sau secundar prestarea de servicii similare celor din obiectul contractului;

- recomandări, emise de unități spitalicești publice sau private, cu minim 100 paturi, recomandări conform cărora, în ultimii trei ani, ofertantul a prestat serviciul, în mod corespunzător, cel puțin un an, neîntrerupt. Dintre aceste recomandări, minim una trebuie să fie emisă de o unitate publică sau privată în care se prestează servicii medicale similare celor prestate în ... "...", etc.

Documentația de atribuire prevede faptul că *„Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind prezenta achiziție. Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor”*, prevedere inaplicabilă, în opinia Consiliului, având în vedere că în intervalul - **21.01.2021 (joi) ora 14:15 - 25.01.2021 (luni) ora 10.00, există o singură zi lucrătoare (vineri)**.

Legislația în vigoare prevede dreptul ofertanților de a solicita clarificări cu privire la documentația de atribuire și nu obligația acestora astfel încât neexercitarea unui drept nu se poate sancționa așa cum dorește autoritatea contractantă, prin respingerea contestației.

În plus, având în vedere modul de întocmire a documentației de atribuire pentru care s-au solicitat cerințe specifice în raport de activitatea autorității contractante, acest termen exclude practic și posibilitatea participării la procedură a unor asocieri de operatori economici, drept recunoscut, de asemenea, de legislația în vigoare [*„Art. 53. - Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, în condițiile prevăzute de prezenta lege”*].

În consecință având în vedere cele anterior menționate, Consiliul constată că termenul de 1 zi lucrătoare pentru întocmirea propunerii tehnice, a celei financiare, identificarea unor agenți de pază care să aibă

și cursuri de prim ajutor (factor de evaluare căruia i-au fost alocate 30 de puncte), obținerea de documente emise de terți, solicitarea de clarificări și formularea răspunsurilor aferente, realizarea unor asocieri de operatori economici pentru participarea la prezenta procedură de atribuire cu un specific aparte, etc. este insuficient, la stabilirea acestuia fiind încălcat principiul proporționalității stipulat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Modul în care acționează o autoritate contractantă în cadrul unei proceduri de atribuire trebuie să fie corespunzător satisfacerii interesului public și să fie echilibrat din punctul de vedere al efectelor asupra operatorilor economici interesați, după caz al ofertanților.

Din analiza documentelor remise de autoritatea contractantă, respectiv din Procesul-verbal nr. 2302/25.01.2021 rezultă că în prezenta procedură de atribuire a fost depusă o singură ofertă, de către ..., neexistând o concurență reală, un motiv putând fi timpul insuficient pentru pregătirea ofertelor (1 zi lucrătoare) în condițiile în care contractul ce urmează a fi atribuit are anumite caracteristici speciale, fiind astfel adusă atingere scopului legislației în vigoare, și anume „asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de **eficiență economică și socială**” [art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016].

În consecință, Consiliul apreciază ca fiind întemeiată această critică a contestatoarei.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la „factorul de evaluare: *„Agenții de pază, alocați desfășurării contractului au cursuri de prim ajutor”* - căruia i-au fost alocate 30 puncte, Consiliul o va respinge deoarece nu încalcă legislația în vigoare în materia achizițiilor publice (art. 187 și urm. din Legea nr. 98/2016), nu restricționează participarea la procedură, are un algoritm de calcul clar, nu este subiectiv și are legătură directă cu obiectul contractului de achiziție publică.

Consiliul constată că autoarea contestației s-a limitat la a susține că factorul în discuție are caracter restrictiv, opinie pe care Consiliu nu o împărtășește deoarece ofertanții care au angajați, agenți de pază, alocați desfășurării contractului, care au cursuri de prim ajutor, vor fi punctați suplimentar, în timp ce ofertanții care nu dețin astfel de personal nu vor primi punctaj suplimentar dar nici nu vor fi eliminați din procedură.

Astfel, se constată că factorul de evaluare în discuție are scopul de a contura un nivel calitativ al prestării serviciilor, corespunzător nevoilor autorității contractante „*în funcție de factorii de risc cu incidență exclusivă în cadrul spitalelor de psihiatrie (tendințe de suicid, agresivitate, imprevizibilitate, etc), incidente ce pun în pericol grav siguranța pacienților, cadrelor medicale și a vizitatorilor*”.

Consiliul nu poate reține susținerea contestatoarei referitoare la faptul că Legea nr. 333/2003 și Normele metodologice de aplicare a acesteia nu prevăd ca agenții de pază să aibă atribuțiuni în acest sens,

deoarece prezenta achiziție nu este guvernată exclusiv de acest act normativ, existând și alte dispoziții legale incidente aplicabile prezentei proceduri de atribuire.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la următoarea cerință privind capacitatea tehnică și sau profesională: **„Minim 3 recomandări, emise de unități spitalicești publice sau private, cu minim 100 paturi, recomandări conform cărora, în ultimii trei ani, ofertantul a prestat serviciul, în mod corespunzător, cel puțin un an, neîntrerupt. Dintre aceste recomandări, minim una trebuie să fie emisă de o unitate publică sau privată în care se prestează servicii medicale similare celor prestate în ... «...»”.**

Aspectele criticate de contestatoare sunt evidențiate prin bold (conform paragrafului anterior), contestatoarea considerând că cerințele evidențiate sunt restrictive, abuzive și nelegale, criticând nerespectarea de către autoritatea contractantă a prevederilor Legii nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016, prevederilor art. 3 și art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu încălcarea principiilor transparenței și promovării concurenței, aceasta fiind practic în imposibilitatea de a participa la această procedură de atribuire, din cauza lipsei de transparență și a încălcării prevederilor legale.

Contestatoarea apreciază că cerința privind experiența nu trebuie să fie identică, ci similară cu obiectul contractului și trebuie formulată astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței.

Autoritatea contractantă susține în cadrul punctului de vedere că cerința este redactată cu respectarea *„Exemplului de bună practică nr. 1 pentru formularea cerinței de calificare referitoare la experiența similară, utilizându-se caracteristici cantitative pentru contracte de servicii (în cazul contractelor în care există o relație directă între volumul resurselor necesare - date de intrare aferente implementării contractului și rezultatul ce urmează a fi obținut - date de ieșire):*

Într-o procedură de atribuire a unui contract având ca obiect prestarea de «Servicii de curățenie în interiorul clădirii cu destinație birouri - suprafață de curățat 10.000 mp» ofertantul trebuie să facă dovada că a realizat în ultimii 3 ani, în cadrul a maximum 3 contracte, servicii de curățenie similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, pentru o suprafață de cel puțin 6.000 mp, aferentă unor clădiri cu utilizare similară din punctul de vedere al activității desfășurate în clădirea respectivă” - art. 6 alin. (2) din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de președintele ANAP, în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Față de această situație, Consiliul constată că exemplul de practică invocat de autoritatea contractantă conține și următoarea „**NOTĂ**” ignorată de autoritatea contractantă: *„La formularea cerinței în acest fel s-au avut în vedere potențialele situații în care se prezintă la procedura de atribuire operatorii economici care au îndeplinit, de exemplu, contracte de curățenie interioară pentru spitale, caz în care **cerința de calificare trebuie considerată îndeplinită deoarece serviciile de curățenie asociate activității într-un asemenea context (unități sanitare/ laboratoare etc.) sunt mult mai complexe decât cele de curățenie aferente unei clădiri de birouri**”, și nu conține **sintagma** „**cel puțin un an, neîntrerupt**”. În niciun document aflat la dosarul cauzei (punct de vedere/strategie de contractare), autoritatea contractantă nu precizează motivele pentru care nu ar trebui să se ia în considerare recomandări pentru contracte derulate pe o perioadă mai mică de 1 an în condițiile în care acestea au fost executate în mod corespunzător și nu au încetat din motive imputabile ofertantului.*

Pe de altă parte, Consiliul constată că modul în care autoritatea contractantă a stabilit cerința privind experiența similară presupune demonstrarea unei experiențe identice, critica sub acest aspect fiind întemeiată.

Astfel, Consiliul reține următoarele prevederi legale:

- art. 172 din Legea nr. 98/2016:

„(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.”

- art. 29 din HG nr. 395/2016:

„(1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”

În raport de dispozițiile legale anterior menționate, Consiliul reține că cerința de experiență similară are ca scop verificarea de către autoritatea contractantă a potențialului tehnic, financiar și organizatoric pe care îl are operatorul economic, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul (prestarea

serviciilor de pază a obiectivelor bunurilor și valorilor) și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

În cadrul Caietului de sarcini, se menționează următoarele:

„Prin încheierea contractului privind achiziția serviciilor de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor se solicită:

- *Paza proprietății împotriva accesului neautorizat sau a ocupării abuzive;*

- *Paza proprietății împotriva furturilor, a distrugerilor, incendiilor, precum și a altor acțiuni producătoare de pagube materiale;*

- *Detectarea substanțelor, armelor, explozibililor sau a materialelor de orice natură care pot provoca o pagubă;*

- *paza proprietății intelectuale;*

- *paza mediului înconjurător;*

- *furnizarea către autoritățile competente a informațiilor legate de incidentele apărute în timpul activității de pază.*

- *asigurarea suportului logistic pentru prestarea serviciilor de intervenție;*

- *servicii de intervenții suport pentru agenții din obiectivele beneficiarului cu mijloace tehnice și umane, în potențiale situații de urgență (manifestări social-culturale, dezastre naturale, incendii, urgențe medicale, etc.). Timpul maxim de intervenție va fi de maxim 15 minute de la momentul sesizării;*

- *asistență cu privire la activitățile care fac obiectul contractului*

- *participarea și susținerea aplicațiilor desfășurate în obiectivele beneficiarului împreună cu Poliția, Jandarmeria, I.S.U, s.a.m.d.”.*

Astfel, Consiliul apreciază că este de interes pentru autoritatea contractantă, să verifice dacă participanții la procedură dețin capacitatea de a face față unui contract de amploarea celui ce va fi încheiat, respectiv dacă aceștia sunt în măsură să presteze **serviciul de pază** fără să fie important pentru autoritate dacă prestările anterioare, invocate ca experiență, au fost realizate doar pentru **„unități spitalicești publice sau private, cu minim 100 paturi”** sau **„pentru o unitate publică sau privată în care se prestează servicii medicale similare celor prestate în ... «...»”**.

Față de această situație, Consiliul apreciază că în speță sunt incidente și dispozițiile art. 5 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care stipulează următoarele:

„Art. 5. - (1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de

lucrări **identice** cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, **pentru a nu se restrânge competiția**, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita **similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit**, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta”.

Potrivit DEX, similar înseamnă „de aceeași natură, de același fel; asemănător, analog”, iar eventuala solicitare a unei experiențe identice cu activitățile contractului ce urmează a fi atribuit, ar contraveni principiilor în materia achizițiilor publice.

În consecință, pentru a nu restrânge în mod artificial concurența, Consiliul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să remedieze cerința în discuție privind experiența similară.

În consecință, constatând că o parte din criticile contestatoarei sunt întemeiate și întrucât în speță nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere întrucât procedura de atribuire nu a fost suspendată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și va dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes a contestatoarei invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și dispune anularea procedurii de atribuire.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 18 pagini.