



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.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: 11.05.2017

Prin contestația nr.1007/18.04.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., depusă de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI ... reprezentată legal prin administrator ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de către S.C. ... S.A., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „... (Rev.2), s-a solicitat:

- obligarea entității contractante la modificarea documentației de atribuire în conformitate cu prevederile legale;
- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor privind consultanța necesară întocmirii notificării și a contestației, în sumă de 9.000 lei, la care se adaugă TVA.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., formulată de S.C. ... S.R.L. – societate în insolvență, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI ..., reprezentată prin administrator judiciar ..., împotriva răspunsului nr.M.04.01.02/396/14.04.2017 la notificarea prealabilă, emis de către aceeași entitate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat admiterea contestației și obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere și, pe cale de consecință:

- În principal, obligarea entității contractante să înlăture în tot din anunțul de participare nr.174338/04.04.2017 cerința privind existența unei cifre anuale minime, iar,

- În subsidiar, obligarea entității contractante să modifice dispozițiile din cuprinsul Anunțului de participare nr.174338/04.04.2017 referitoare la cerința privind cifra medie de afaceri anuală a ofertanților pe ultimii 3 ani, de 32.000.000 lei, în sensul diminuării cuantumului acesteia, astfel încât să fie respectate principiile prevăzute de art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016, îndeosebi tratamentul egal, nediscriminatoriu și proporționalitatea, precum și principiul nerestrângerii artificiale a concurenței prevăzute de art.63 din același act normativ;

- Suspendarea procedurii de atribuire inițiate prin Anunțul de participare nr.174338/04.04.2017 sau aplicării oricărei decizii luate de entitatea contractantă, până la soluționarea prezentei contestații;

- Obligarea entității contractante să prelungească termenul de depunere a ofertelor cu un termen aferent perioadei în care procedura de atribuire va fi suspendată sau cu un termen corespunzător, până la stabilirea formei finale a documentației de atribuire criticate pe calea prezentei.

Aplicând dispozițiile art.17 alin.2 din Legea nr.101/2016, Consiliul conexează cele două dosare.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr..., S.C. ... S.R.L. critică documentația de atribuire emisă de S.C. ... S.A., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație menționată în partea introductivă, solicitând:

- obligarea entității contractante la modificarea documentației de atribuire, în conformitate cu prevederile legale;

- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor privind consultanța necesară întocmirii notificării și a contestației, în sumă de 9.000 lei, la care se adaugă TVA.

În motivarea contestației, S.C. ... S.R.L. redă cerințele nr.1 și 2 din cadrul cap.III.2.1.a) – „Situația personală a candidatului sau ofertantului”, precum și prevederi din cadrul cap.III.2.2) – „Capacitatea economică și financiară” și, respectiv din cadrul cap.III.2.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date, susținând că în conținutul fișierului „Formulare – Servicii de pază” nu se regăsesc formularele la care se face referire în cadrul cerințelor.

De asemenea, contestatorul critică pct.4 și 6 din Anexa nr.4 – Procedura de stabilire a penalizărilor”, susținând că societățile de pază au atribuții în conformitate cu Legea nr.333/2003, printre care nu se regăsesc și cele referitoare la achitarea taxelor de călătorie sau cele din

Legea nr.15/2016, astfel că aplicarea de penalități pentru servicii ce nu intră în obiectul contractului este evident nelegală.

Solicită eliminarea punctelor 4 și 6 din Anexa 4 la caietul de sarcini.

Mai mult decât atât, susține contestatorul, entitatea contractantă a prevăzut penalități pentru îndeplinirea necorespunzătoare a serviciilor și în modelul de contract, dublând astfel penalitățile acordate pentru aceeași încălcare a obligațiilor contractuale.

Caracterul abuziv al acestor clauze penale, în opinia S.C. ... S.R.L., trebuie apreciat, în concret, prin raportare la următoarele elemente:

- paguba efectiv suferită;
- dezechilibrul contractual vizează obligația achizitorului de a plăti serviciile efectiv prestate;
- prejudiciul efectiv suferit nu justifică perceperea unor sume într-un quantum dublu față de valoarea reală a prejudiciului.

Astfel, potrivit Listei cuprinzând clauzele considerate ca fiind abuzive din anexa legii, arată contestatorul, sunt considerate clauze abuzive acele prevederi contractuale care:

- i) Obligă prestatorul la plata unor sume disproporționat de mari în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către acesta, comparativ cu pagubele suferite de profesionist.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului să elimine aceste clauze abuzive din caietul de sarcini, având în vedere că ele nu își vor putea face efectul niciodată, în cauză intervenind întotdeauna cenzura instanțelor de judecată

Apreciază că entitatea contractantă a încălcat prevederile Legii nr.98/2016 și HG nr.395/2016, respectiv principiile transparenței și promovării concurenței, societatea sa fiind în imposibilitatea de a participa la această procedură din cauza lipsei de transparență și a încălcării prevederilor legale.

Solicită admiterea contestației și anularea procedurii de atribuire.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.M.04.01.02/433/26.04.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.... S.A. a solicitat respingerea contestației, ca nefondată și neîntemeiată.

În conținutul punctului de vedere, referitor la lipsa formularelor indicate de contestator, entitatea contractantă redă dispozițiile art.202 alin.1-5 și art.205 din Legea nr.99/2016, precizând că, în cadrul documentației de atribuire, corespunzător fiecăreia dintre cerințele în discuție, este precizată modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea acesteia, respectiv: *"se completează DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cu informațiile aferente situației acestora. Acest document va fi completat de fiecare Ofertant/Ofertant asociat/Terț susținător/Subcontractanți propuși"*.

În fișa de date a achiziției, cap.VI.3) *Alte informații*, susține entitatea contractantă, se regăsesc informații privind DUAE (completarea, depunerea de documente justificative, etc.), inclusiv informații privind

accesarea formularului, respectiv *"DUAЕ este atașat la anunțul de participare împreună cu celelalte documente ale achiziției și poate fi accesat în vederea completării de către operatorii economici interesați la următorul link: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter>",* astfel că solicitarea de a se completa și alte formulare pe lângă formularul DUAЕ prevăzut de lege, ar avea caracter redundant.

Față de aspectele legate de Anexa nr.4, entitatea contractantă arată că obligațiile considerate de contestator că ar excede obiectului acordului-cadru sunt din categoria obligațiilor prevăzute la art.46 lit.p și q din Legea nr.333/2003, respectiv obligații care se regăsesc la nivelul Planului de pază (consemnul general și particular al postului).

În ceea ce privește dublarea penalităților, entitatea contractantă arată că penalitățile stabilite prin modelul de contract, art.11.1 (1), sunt aplicabile acelor obligații contractuale neîndeplinite sau îndeplinite necorespunzător, care au o natură cuantificabilă din punct de vedere al valorii lor în bani și având termene clar stabilite, față de care poate fi evidențiată eventuala întârziere.

Pe de altă parte, arată entitatea contractantă, procedura de penalizare prevăzută în Anexa 4 la caietul de sarcini urmărește sancționarea abaterilor de la obligații care nu pot fi cuantificate ca activități distincte în propunerea financiară și pentru care nu pot fi stabilite termene în raport de care să poată fi percepute penalități. Subliniază că din sintagma calitatea serviciilor nu trebuie să se înțeleagă faptul că respectivele obligații au un caracter complementar celor prevăzute de lege.

Referitor la solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, exprimată de contestator în finalul contestației, entitatea contractantă apreciază că justificarea acestuia, respectiv imposibilitatea de a participa la procedură, nu poate fi luată în considerare. În concret, contestatorul nu precizează raționamentul pe baza căruia aspectele contestate, respectiv lipsa unor formulare și invocarea unui pretins caracter abuziv al penalităților, ar putea fi luate în considerare ca temei de fapt care să determine incidența prevederilor art.225 din Legea nr.99/2016 și/sau a art.62 alin.2 din H.G. nr.394/2016.

În ceea ce privește cererea de obligare a sa la plata cheltuielilor ocazionate de promovarea notificării prealabile, respectiv contestației, entitatea contractantă solicită respingerea acesteia, față de netemeinicia contestației.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr..., formulată de S.C. ... S.R.L. – societate în insolvență, împotriva răspunsului nr.M.04.01.02/396/14.04.2017 la notificarea prealabilă, emis de către aceeași entitate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

1. Admiterea contestației și obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere și, pe cale de consecință:

- În principal, obligarea entității contractante, ... SA să înlăture în tot din Anunțul de participare nr.174338/04.04.2017 cerința privind existența unei cifre anuale minime, iar,

- în subsidiar, obligarea entității contractante să modifice dispozițiile din cuprinsul Anunțului de participare nr.174338/04.04.2017 referitoare la cerința privind cifra medie de afaceri anuală a ofertanților pe ultimii 3 ani de 32.000.000 lei, în sensul diminuării cuantumului acesteia, astfel încât să fie respectate principiile prevăzute de art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016, îndeosebi tratamentul egal, nediscriminatoriu și proporționalitatea, precum și principiul nerestrângerii artificiale a concurenței prevăzute de art.63 din același act normativ;

2. Suspendarea procedurii de atribuire inițiate prin Anunțul de participare nr.174338/04.04.2017 sau aplicării oricărei decizii luate de entitatea contractantă, până la soluționarea prezentei contestații;

3. Obligarea entității contractante să prelungească termenul de depunere a ofertelor cu un termen aferent perioadei în care procedura de atribuire va fi suspendată sau cu un termen corespunzător, până la stabilirea formei finale a documentației de atribuire criticate pe calea prezentei.

În motivarea contestației, S.C. ... S.R.L. – societate în insolvență susține că, prin instituirea unei cifre de afaceri anuale în cuantum de 32.000.000 lei, entitatea contractantă restrânge în mod artificial concurența și încalcă principiile prevăzute la art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016.

Invocă în susținere prevederile art.62 și 63 din Legea nr.99/2016, considerând a fi relevante și prevederile art.185 alin.3 din Legea nr.99/2016 precum și cele ale art.35 alin.1 din H.G. nr.394/2016 ale căror dispoziții, de asemenea, le redă.

Precizând că legea (art.188 din Legea nr.99/2016) dă dreptul entităților contractante să instituie drept cerință pentru dovedirea capacității economice și financiare a ofertanților o cifră de afaceri minimă, susține contestatorul că legea nu instituie o obligație, însă, în situația în care se optează în acest sens, trebuie avute în vedere mai multe aspecte nesocotite de S.C. ... S.A.

Astfel, arată că legea prevede un prag maxim la care cerința privind instituirea unei cifre de afaceri anuale trebuie să se raporteze, ceea ce nu înseamnă că stabilirea unei cifre de afaceri de 32.000.000 lei, deci sub valoarea maximă a unui contract subsecvent anual (aproximativ 39.000.000 lei) dar foarte aproape de această valoare maximă, este „automat” o cerință legală, doar pentru că se încadrează în limita maximă prevăzută de lege.

Posibilitatea de a stabili în sarcina ofertanților atingerea unei cifre de afaceri anuale, opinează S.C. ... S.R.L., nu trebuie aplicată și interpretată

în mod izolat, ci coroborat cu toate dispozițiile legii achizițiilor sectoriale, îndeosebi cu cele citate în cele ce preced.

Contestatorul arată că pe piața românească nu activează decât maximum două societăți care își desfășoară activitatea în domeniul serviciilor de pază și care îndeplinesc cerința cifrei de afaceri instituită de entitatea contractantă, astfel că, cerința criticată echivalează cu o restricționare a concurenței, prin defavorizarea acelor operatori economici care, deși pot realiza obiectul achiziției publice, nu pot participa la procedură întrucât nu îndeplinesc respectiva cerință.

Apreciază contestatorul că, prin instituirea cerinței, nu s-au avut în vedere dispozițiile art.35 alin.1 din H.G. nr.394/2016, ci excluderea societății sale și a majorității operatorilor economici care activează pe piața de profil, de la procedură, or scopul criteriilor de calificare este acela ca entitatea contractantă să verifice dacă participantul la procedură are posibilitatea concretă de a îndeplini contractul care face obiectul procedurii de atribuire.

Precizează S.C. ... S.R.L. că cifra sa de afaceri medie pe ultimii 3 ani este de 9.091.363,8 lei, de aproape 4 ori mai mică decât cea instituită de entitatea contractantă, precum și că a executat cu succes, alături de R.L. și S.C. ... S.R.L., în baza acordului-cadru nr.88, paza pentru toate obiectivele pentru care s-a inițiat procedura de față.

În raport cu dispozițiile art.185 alin.3 din Legea nr.99/2016, contestatorul apreciază că o cifră de afaceri anuală atât de mare nu reprezintă o cerință adecvată, cu atât mai puțin necesară, atâta vreme cât societatea sa a reușit să ducă la bun sfârșit contractul pentru care s-a inițiat procedura de față.

Cu privire la argumentul entității contractante conform căruia se poate participa la procedură prin asocierea cu alți operatori economici, S.C. ... S.R.L. susține că, față de prevederile art.66 din Legea nr.99/2016, oricărui operator economic trebuie să i se permită să participe în mod individual la procedură, iar atunci când imposibilitatea participării este rezultatul stabilirii unor cerințe în mod nelegal, soluția este aceea de punere a acestor criterii în acord cu dispozițiile legale, nu aceea de a îndruma operatorii economici să se asocieze.

Contestatorul prezintă, în continuare, argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.M.04.01.02/434/26.04.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.15676/26.04.2017, S.C. ... S.A. a solicitat respingerea contestației, ca nefondată și neîntemeiată.

În conținutul punctului de vedere, entitatea contractantă susține că petitele și argumentația din contestație se constituie în interpretări eronate pe care contestatorul le dezvoltă cu privire la înțelesul și aplicarea textelor de lege, nesusținute de niciun element concret și real, pretinsa restrângere artificială a concurenței fiind justificată exclusiv de faptul neîndeplinirii cerinței stabilită, în mod individual, situație în care,

În mod eronat contestatorul consideră ca obligație a entității contractante ajustarea cerințelor pentru a-i permite participarea în forma dorită, respectiv ofertant unic. Cu titlu de exemplu al înțelegerii eronate a contestatorului, sunt menționate prevederile art.66 din Legea nr.99/2016, al cărui conținut este redat, și față de care entitatea contractantă apreciază că S.C. ... S.R.L. extrage elementele considerate convenabile cărora le dă o interpretare proprie, comutând o obligație pe seama entității contractante, obligație careia îi dă un înțeles eronat, respectiv afirmă că „oricărui operator economic trebuie să i se permită să participe în mod individual la această procedură, neputându-i-se oferi drept argument faptul că se poate asocia cu alți operatori economici”.

Contrar celor afirmate de contestator, entitatea contractantă susține că cerința în discuție a fost stabilită cu respectarea legislației incidentă, fără a se aduce atingere principiilor de la art.2 din Legea nr.99/2016, iar invocarea informațiilor legate de atribuirea și derularea acordului-cadru din 2014, se constituie ca elemente în susținerea necesității de a trata cu deosebită atenție cerințele privind verificarea capacității ofertanților, având în vedere dificultățile întâmpinate de asocierea prestatoare pe parcursul celor doi ani de derulare (doi dintre membrii asocierii intrând în imposibilitatea de a continua prestarea serviciilor ca urmare a declarării falimentului), dificultăți care au determinat o serie de riscuri și implicații nefavorabile pentru S.C. ... S.A.

De altfel, menționează entitatea contractantă, cu referire la motivele de excludere prevăzute de lege, faptul că situația contestatorului care se confruntă el însuși cu dificultăți evidente în continuarea activității, societatea aflându-se în insolvență, nu este de natură a se constitui ca element în susținerea capacității de a angaja pentru o perioadă de 4 ani prestări servicii de pază cu S.C. ... S.A.

Precizează că, în conformitate cu prevederile legislației aplicabile, stabilirea criteriilor și cerințelor pe baza cărora se organizează o procedură de atribuire reprezintă atributul exclusiv al autorității contractante, aceasta purtând întreaga responsabilitate cu privire la corelarea cerințelor/criteriilor de calificare cu necesitățile obiective identificate.

Entitatea contractantă apreciază că, potrivit legislației în domeniul achiziției publice, impunerea unor cerințe minime privind media cifrei de afaceri nu numai că nu este obligatorie, ci necesită o justificare temeinică, solicitarea de modificare a cerinței în sensul de a o diminua/elimina fiind dictată, în mod evident, de interesul contestatorului și nicidecum de respectarea prevederilor legislației incidente.

S.C. ... S.A. arată că a apreciat buna-credință și eforturile contestatorului în îndeplinirea obligațiilor din cadrul acordului-cadru precedent, însă, prin susținerile legate de adecvarea cerinței acesta încearcă să inducă o anumită înțelegere care nu corespunde realității concrete din derularea acordului-cadru precedent.

Cu privire la solicitarea de prelungire a termenului de depunere a ofertelor, entitatea contractantă solicită respingerea ei, având în vedere că apreciază ca neîntemeiate și nefondate cererile de suspendarea procedurii de atribuire și de modificarea documentației de atribuire.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Urmarea studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, S.C. ... S.R.L. a depus concluzii scrise și documente din care rezultă efectuarea de cheltuieli ocazionate de soluționarea contestației.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

S.C. ...S.A., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „... (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr....

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 154.459.915,29 lei, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva documentației de atribuire, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării entității contractante, S.C. ... S.R.L. – societate în insolvență, au depus contestațiile de față, care vor fi soluționate în ordinea înregistrării lor pe rolul C.N.S.C.

Procedura de atribuire a fost suspendată prin Încheierea nr.201/C6/1297 din 26.04.2017.

Examinând susținerile S.C. ... S.R.L. și pe cele ale entității contractante, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

S.C. ... S.R.L. critică cerințele nr.1 și 2 din cadrul cap.III.2.1.a) – „*Situația personală a candidatului sau ofertantului*”, precum și prevederi din cadrul cap.III.2.2) – „*Capacitatea economică și financiară*” și, respectiv din cadrul cap.III.2.3.a) – „*Capacitatea tehnică și/sau profesională*” din fișa de date, susținând că în conținutul fișierului „*Formulare – Servicii de pază*” nu se regăsesc formularele la care se face referire în cadrul cerințelor.

În analiza temeiniciei criticilor contestatorului, Consiliul reține că, prin cerințele indicate, aflate în fișa de date, s-au solicitat:

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

• „**Cerința nr.1 - Declarație privind neîncadrarea în prevederile art.177, art.178 alin.1 și 2 și art.180 din Legea nr.99/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se completează DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cu informațiile aferente situației acestora. Acest document va fi completat de fiecare Ofertant/Ofertant asociat/Terț susținător/Subcontractanți propuși.**”;

• „**Cerința nr.2 – În scopul efectuării verificărilor prevăzute la art.71, art.72 și art.73 din Legea nr.99/2016 se va prezenta declarație pe**

proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art.73 lit.d din Legea nr.99/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se completează DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cu informațiile aferente.”

- cap.III.2.2) – „Capacitatea economică și financiară” –

• **„Situația economică și financiară a unui ofertant sau a unui grup de ofertanți poate fi susținută de o terță persoană, fizică sau juridică, indiferent de relațiile juridice existente între aceasta și ofertant. (...) Angajamentul ferm prezentat de ofertant trebuie să se constituie ca instrument juridic care să asigure dreptul entității contractante de a solicita în mod legitim îndeplinirea anumitor obligații de către persoana susținătoare, entitatea contractantă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului în cazul în care se produc prejudicii ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament. (...)**

Modalitatea de îndeplinire

DUAЕ completat de ofertant în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, inclusiv măsurile avute în vedere de aceasta pentru a accesa în orice moment resursele necesare, **la care se atașează DUAЕ și angajamentul ferm al terților susținători** din care trebuie să rezulte modul efectiv în care terțil/terți susținători vor asigura îndeplinirea angajamentului. (...)”

- cap.III.2.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională” –

• **„Capacitatea tehnică și profesională a unui ofertant sau a unui grup de ofertanți poate fi susținută de o terță persoană, fizică sau juridică, indiferent de relațiile juridice existente între aceasta și ofertant. (...) Angajamentul ferm prezentat de ofertant trebuie să se constituie ca instrument juridic care să asigure dreptul entității contractante de a solicita în mod legitim îndeplinirea anumitor obligații de către persoana susținătoare, entitatea contractantă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului în cazul în care se produc prejudicii ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament. (...)**

Modalitatea de îndeplinire

DUAЕ completat de ofertant în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, inclusiv măsurile avute în vedere de aceasta pentru a accesa în orice moment resursele necesare, **la care se atașează DUAЕ și angajamentul ferm al terților susținători** din care trebuie să rezulte modul efectiv în care terțil/terți susținători vor asigura îndeplinirea angajamentului. (...)”

Verificând secțiunea „Formulare-Servicii de pază” din cadrul SEAP, fișier electronic atașat anunțului de participare, Consiliul constată că, așa cum corect susține contestatorul, nu se regăsesc formularele de declarații pe proprie răspundere și angajamentele ferme despre care fac vorbire prevederile susenunțate.

Astfel fiind, se rețin a fi încălcate, de către entitatea contractantă, prevederile art.164 din Legea nr.99/2016, în conformitate cu care **„Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”**

Relevante în soluționare se rețin a fi și prevederile de la cap.VI.3) – „Alte informații” din fișa de date, unde apare precizat:

„1.Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, însoțită de garanția de participare la procedură și de documentul unic de achiziție european. Entitatea contractantă acceptă la momentul depunerii ofertelor Documentul unic de achiziție european (DUAЕ), care constă într-o declarație pe proprie răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții: a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art.177, art.178 și art.180 din Legea nr.99/2016, b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de entitatea contractantă. (...),” prevederi care reprezintă, de altfel, o preluare a prevederilor art.202 din Legea nr.99/2016.

Așadar, apreciază Consiliul că entitatea contractantă avea obligația de a pune la dispoziția ofertanților, atașat documentației de atribuire, inclusiv formularele în discuție, DUAЕ reprezentând o dovadă preliminară a îndeplinirii cerințelor impuse, după cum însăși entitatea contractantă a precizat în cadrul acestor ultime prevederi din fișa de date.

Mai mult decât atât, se observă că la cap.III.2.2) – „Capacitatea economică și financiară, respectiv cap.III.2.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, entitatea contractantă a prevăzut, la „Modalitatea de îndeplinire”, faptul că în situația în care se invocă susținerea unui terț, ofertantul depune DUAЕ, dar și DUAЕ și angajamentul ferm al terțului susținător, de unde rezultă că depunerea DUAЕ nu este suficientă, așa cum lasă entitatea contractantă să se înțeleagă.

Prin urmare, criticile contestatorului sunt întemeiate, situație în care entitatea contractantă urmează să completeze secțiunea „Formulare – Servicii de pază” prin punerea la dispoziția ofertanților a formularelor în discuție.

O altă critică exprimată în contestație se referă la pct.4 și 6 din Anexa 4 a caietului de sarcini, contestatorul solicitând înlăturarea acestora deoarece, pe de o parte, ar excede atribuțiilor prevăzute de Legea nr.333/2003, iar, pe de altă parte, ar reprezenta o dublare a penalităților prevăzute pentru încălcarea obligațiilor contractuale.

Reține Consiliul că punctele indicate de contestator, aflate în cadrul Anexei 4 – „Procedura de stabilire a penalizărilor” a caietului de sarcini, au conținutul:

„4. Pasivitate/indiferență/neimplicare, în vederea achitării taxei de călătorie și/sau a măsurilor contravenționale după caz, precum și în cazurile de agresiuni asupra personalului Metrorex S.A. aflat în exercițiul funcțiunii, precum și asupra altor călători.

Penalizare – 50 puncte

6. Neluarea măsurilor de atenționare și interzicere a fumatului în incinta stațiilor și trenurilor de metrou.

Penalizare – 40 puncte”

Analizând susținerea contestatorului conform căreia activitățile susenunțate ar excede atribuțiilor prevăzute de Legea nr.333/2003, Consiliul constată că, așa cum corect susține entitatea contractantă, la art.46, aflat în Secțiunea 1 – „Atribuțiile personalului de pază”, din Legea nr.333/2003, se prevede că:

„În timpul serviciului, personalul de pază este obligat: (...)

p) *să execute, în raport de specificul obiectivului, bunurile sau valorile păzite, precum și orice alte sarcini care i-au fost încredințate, potrivit planului de pază;*

q) *să respecte consemnul general și particular al postului.”*

În atari condiții, susținerea contestatorului nu poate fi primită, entitatea contractantă fiind în drept să solicite, în raport cu specificul obiectivului, îndeplinirea oricăror alte sarcini.

Cu privire la solicitarea de înlăturare a prevederilor motivat de existența unei dublări a penalităților, Consiliul apreciază susținerea contestatorului ca fiind întemeiată.

Astfel, după cum se precizează în partea introductivă a Anexei nr.4,

„Pentru neîndeplinirea de către agentii de paza a obligațiilor prevăzute în contract, se introduce sistemul de penalizare prin puncte (1 punct = 10,00 lei fara TVA), pentru următoarele nereguli: (...)”

Prin urmare, este vorba despre aplicarea unor penalități pentru servicii considerate ca făcând parte din obiectul contractului (neîndeplinirea ... obligațiilor prevăzute în contract), neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor contractuale atrăgând, totodată, plata de penalități de întârziere în considerarea art.11.1 (1) din modelul de contract subsecvent.

Consiliul nu poate primi în soluționare susținerile autorității contractante deoarece, ca și celelalte sarcini de îndeplinit, cele în discuție reprezintă obligații contractuale, după cum entitatea contractuală însăși le denumește, a căror neîndeplinire sau îndeplinire cu întârziere nu pot atrage decât același regim sancționator.

Pe de altă, entitatea contractantă nu poate aplica sancțiuni care nu au fost prevăzute în contract, ci în alte înscrisuri, contractul fiind legea părților și deci izvorul tuturor drepturilor și obligațiilor contractuale.

Așadar, entitatea contractantă urmează să înlăture penalizările despre care face vorbire în cadrul punctelor susmenționate, acestea excedând contractului.

Cu privire la solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, formulată în partea finală a contestației și reiterate în concluziile scrise, în antiteză cu petitul contestației, Consiliul o va respinge având în vedere că încălcările constatate nu au viciat procedura într-o așa măsură încât să se impună anularea procedurii, respectivele încălcări putând fi remediate de maniera arătată.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2106, Consiliul admite, în parte, contestația și dispune remedierea documentației de atribuire, în sensul celor arătate în motivare.

Remedierea documentației de atribuire și publicarea în SEAP a modificărilor interevenite, se vor face în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

Față de soluția pronunțată, văzând că la dosar au fost depuse înscrisuri din care rezultă achitarea, de către contestator, a sumei de 4.500 lei reprezentând cheltuieli ocazionate de promovarea contestației, în temeiul art.26 alin.9 din același act normative, Consiliul va obliga S.C. ...S.A. la plata către contestator a acestei sume.

Examinând contestația formulată de S.C. ... S.R.L., punctul de vedere al autorității contractante, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

S.C. ... S.R.L. critică, prin contestație, criteriul de calificare privind cifra medie de afaceri anuală, impus prin fișa de date, solicitând, în principal, înlăturarea acestuia, iar, în subsidiar, diminuarea cuantumului astfel încât să fie respectate principiile prevăzute la art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016.

Criteriul de calificare criticat, reține Consiliul că se regăsește la cap.III.2.2) – *„Capacitatea economică și financiară”* din fișa de date, conținutul său fiind:

„Cerința minimă: media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2014, 2015, 2016) trebuie să fie de minim 32.000.000 lei.”

Relevante în soluționare sunt următoarele prescripții legale:

-art.185 alin.1 lit.b și alin.3 din același act normative, potrivit cu care:

„(1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la: (...)

b) situația economică și financiară;

(3) Entitatea contractantă stabilește numai criterii privind capacitatea care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și

profesionale pentru a executa contractual sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.”

-art.188 alin.1, 2 lit.a, alin.3 și 4 din același act normativ, conform cărora:

(1) Entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire cerințe privind situația economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractual sectorial/acordul-cadru, și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.

(2) Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de entitatea contractantă pot viza elemente cum ar fi:

a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului sectorial/acordului-cadru; cifra de afaceri anuală minimă nu poate depăși valoarea estimate a contractului sectorial/acordului-cadru, iar cifra de afaceri minimă impusă în domeniul obiectului contractului nu poate depăși 30% din valoarea estimate a contractului sectorial/acordului-cadru; (...)

(3) Prin excepție de la prevederile alin.2 lit.a, cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici poate depăși limita prevăzută la alin.2 lit.a în cazuri temeinic justificate, precum cele legate de existența unor riscuri special aferente naturii lucrărilor, serviciilor sau produselor care fac obiectul contractului sectorial/acordului-cadru.

(4) În cazul prevăzut la alin.3, entitatea contractantă indică în documentele achiziției principalele motive care justifică o astfel de cerință.”

-art.35 alin.1 din H.G. nr.394/2017, potrivit cu care:

„Criteriile de calificare 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 contractual și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”

-art.113 alin.1 și 2 lit.f din același act normative, potrivit cu care:

„(1)Entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența.

(2) În sensul dispozițiilor alin.1, entitatea contractantă: (...)

f) are obligația de a impune criterii de calificare care să se raporteze cel mult la valoarea estimate a celui mai mare contract subsecvent care se anticipează a fi atribuit pe durata acordului-cadru.”

Așadar, entitatea contractantă are dreptul de a stabili criteriul de calificare aflat în discuție, drept de care a înțeles să uzeze și care nu

poate fi îngrădit decât în situația exercitării acestuia cu nesocotirea limitărilor legale impuse de prevederile susenunțate.

Efectuând verificări sub aspectul legalității cuantumului cifrei de afaceri impus, Consiliul reține că, în raport cu informațiile următoare din fișa de date:

„II.1.4) Informații privind acordul-cadru

Contractele subsecvente urmează să fie atribuite prin reluarea competiției: NU

Acord cadru cu un singur operator

Durata acordului cadru: 48 luni

Valoarea estimată fără TVA: 154.459.915,29 RON (...)

Valoarea minimă estimată a unui contract subsecvent (pe perioada de 1 lună): 2.439.644,41 lei

Valoarea maximă estimată a unui contract subsecvent (pe perioada de 12 luni): 39.949.156,80 lei.”

entitatea contractantă a stabilit un quantum al cifrei de afaceri cu respectarea art.188 alin.2 lit.a din Legea nr.99/2016 coroborat cu art.133 alin.2 lit.f din H.G. nr.394/2016.

Totodată, se rețin a fi fost respectate și celelalte prevederi susenunțate, în condițiile în care quantumul cifrei de afaceri solicitat este mai mic decât valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, dar și principiile prevăzute la art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016, operatorii economici bucurându-se de tratament egal de vreme ce respectiva cerință a fost adusă la cunoștința tuturor prin publicarea în anunțul de participare și fișa de date.

În ceea ce privește respectarea principiului nediscriminării, diferit de ceea ce susține contestatorul, acesta presupune asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, *indiferent de naționalitate*, să poată participa la procedura de atribuire și că aibă șansa de a deveni contractant, ceea ce nu este cazul contestatorului.

După cum corect a sesizat și entitatea contractantă, Consiliul constată că S.C. ... S.R.L. invocă încălcarea diferitelor prevederi legale spre a-și asigura propria participare la procedură, în condițiile în care nu îndeplinește criteriul de calificare în discuție, concluzie ce se desprinde din alegațiile acestuia referitoare la acordul-cadru precedent încheiat și nivelul cifrei sale de afaceri, situație personală care, însă, nu poate justifica modificarea documentației de atribuire.

Criteriile de calificare, așa cum rezultă din conținutul art.35 alin.1 din H.G. nr.394/2016, 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 contractual și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar nu asigurarea participării tuturor operatorilor economici

la procedură. Acestea acționează ca veritabile filtre în calea accesului nelimitat la procedură.

În cauză nu se poate considera încălcat nici principiul proporționalității, nivelul cifrei de afaceri fiind raportat la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent care se anticipează a fi atribuit pe durata acordului-cadru, valoare care, în cazul de față, nu a fost depășită.

Cu privire la susținerea contestatorului conform căreia prin impunerea cerinței entitatea contractantă ar fi restrâns în mod artificial concurența deoarece pe piață ar exista maximum doi operatori economici care ar îndeplinească cerința, Consiliul nu o va primi atâta vreme cât reprezintă o simplă afirmație nedovedită și, mai mult, ar exista doi astfel de operatori economici.

Astfel, nu se reține în cauză încălcarea vreunei prevederi legale din materia achizițiilor publice, în ceea ce privește impunerea criteriului de calificare referitor la cifra de afaceri, criticile contestatorului urmând a fi respinse.

Într-o altă ordine de idei, observă Consiliul că situația contestatorului, aceea de societate aflată în insolvență, prezintă relevanță în ceea ce privește incidența dispozițiilor art.180 alin.1 lit.b din Legea nr.99/2016.

Analizând și critica contestatorului conform căreia s-ar îngredi, de către entitatea contractantă, dreptul de participare în mod individual la procedură prin recomandarea de a se recurge la modalitatea de participare prin asociere, Consiliul o va respinge în raport cu scopul criteriilor de calificare, menționat mai sus.

Față de respingerea criticilor contestatorului, pe cale de consecință, va fi respinsă și cererea de obligare a entității contractante la prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.1 din lege.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către S.C. ..., în contradictoriu cu S.C. ... S.A., cu sediul în ..., dispune remedierea documentației de atribuire, în sensul celor arătate în motivare.

Remedierea documentației de atribuire și publicarea în SEAP a modificărilor interevenite, se vor face în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

Obligă S.C. ... S.A. la plata către S.C... S.R.L. a sumei de 4.500 lei reprezentând cheltuieli ocazionate de promovarea contestației.

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de SC ... S.R.L. – societate în insolvență, cu sediul în ..., în contradictoriu cu S.C. ... S.A.

Obligatorie.

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

Președinte complet,

...

Membru,

...

Membru,

...

Redactată în 5 exemplare originale, conține 16 pagini.