

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. 1654/C1/1640

Data: 29.07.2021

Prin contestația nr. 1235/02.07.2021 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 34709/06.07.2021, formulată de SRL, cu sediul în, județul și adresa de corespondență în, având CUI, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr., împotriva documentației de atribuire elaborată de către SA, cu sediul în, ... în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „Servicii specializate de pază, monitorizare și intervenție la obiectivele UTT Sibiu” cod CPV 79713000-5, s-a solicitat: „luarea unor măsuri de remediere în sensul eliminării anumitor cerințe nelegale, disproporționate și care nu au legătură cu obiectul contractului; în subsidiar, anularea procedurii de atribuire pentru încălcări grave ale prevederilor legale în materia achizițiilor publice”.

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

În fapt, contestatorul precizează că în cuprinsul fișei de date a achiziției se regăsesc o serie de cerințe ce sunt fie ilegale, fie disproporționate în raport cu ceea ce urmează a fi atribuit.

În acest sens, solicită Consiliului să elimine cerințele care nu corespund serviciilor de pază și protecție, conform Legii nr. 333/2003, cu modificările și completărilor ulterioare, după cum urmează:

1. „Cerința nr. 5.

Autorizări specifice contractului. Ofertantul trebuie să dețină „Plan de prevenire a scurgerii de informații clasificate (PPSIC)” și „Plan de pază și apărare (PPA)H avizate de ADS (Autoritatea Desemnată de Securitate), de nivel minim secret de serviciu pentru prestarea serviciilor de pază. Pentru derularea contractului de servicii de pază, reprezentanții desemnați ai operatorilor economici (strict în cazul serviciilor de pază) trebuie să dețină autorizație/aviz de acces la informații clasificate de nivel minim secret de serviciu. Cerința este obligatorie doar pentru operatorul economic care va presta serviciile de pază permanentă.

Pentru operatorii economici care vor presta servicii de monitorizare, intervenție și/sau intervenție în situații deosebite, cerința de mai sus nu este obligatorie.

Cerința se solicită în conformitate cu prevederile HG nr. 585/2002, pentru aprobarea Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate, Legea nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate, HG nr. 781/2002 privind protecția informațiilor clasificate, HG nr. 1349/2002 pentru accesul la informații clasificate, precum și Lista cuprinzând categoriile de informații clasificate aparținând

Contestatorul solicită eliminarea acestei cerințe, care, în opinia sa, este restrictivă, disproporționată și nelegală, iar în cazul în care aceasta se menține, solicită modificarea acesteia, în sensul solicitării doar pentru anumite posturi de pază specificate în mod clar și distinct și pentru societatea care va presta efectiv în acele posturi de pază, ținând cont că majoritatea posturilor de pază sunt pe câmp și nu au acces la nici un fel de informații.

Mai mult, ținând cont de specificul serviciilor de pază și locul de desfășurare (în afara incintelor/locațiilor unde ar putea avea acces la astfel de informații clasificate), consideră ca aceasta cerință nu are legătură cu obiectul contractului, aceasta activitate neregăsindu-se între cele aferente serviciilor de paza prevăzute de Legea nr. 333/2003, cu modificările și completărilor ulterioare, iar societățile de pază nu au voie să desfășoare activități în afara prevederilor legale în domeniu.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 2 alin. (2) din legea achizițiilor publice.

Prin adresa nr. 1257/07.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 34939/07.07.2021, contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207317829/1 din data de 06.07.2021, tranzacția nr. 110313276/1897977286, emisă de CEC Bank Unitatea: Gara de Nord, în valoare 178.300 lei, aferentă dosarului în cauză, constituită conform art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Entitatea contractantă transmite prin adresa nr. 29334/09.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 35586/09.07.2021, punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată, din considerentele ce vor fi expuse mai jos.

Astfel, în ceea ce privește cerința criticată de către contestator, entitatea contractantă precizează că la stabilirea includerii acestei cerințe de calificare în cadrul procedurii de achiziție sectorială, respectiv în anunțul de participare publicat în SEAP, s-a avut în vedere incidența prevederilor legale în domeniul informațiilor clasificate asupra documentelor care se întocmesc în cadrul derulării contractului sectorial ce urmează a fi atribuit, având ca obiect prestarea de servicii de pază, monitorizare și intervenție, respectiv:

1. În conformitate cu prevederile art. 32 din Legea nr. 182 din 12 aprilie 2002 privind protecția informațiilor clasificate, cu modificările și completările ulterioare, ...are obligația să stabilească informațiile care constituie secrete de serviciu și regulile de protecție a acestora.

Astfel, punând în aplicare această obligație legală, în cadrul entității s-a întocmit și aprobat de către conducerea Companiei sub nr. 47914/16.11.2020 „Lista cuprinzând categoriile de informații clasificate secret de serviciu deținute/elaborate la nivelul, entități teritoriale și filiale și termenele de menținere a acestora în nivelurile de secretizare”; în cadrul listei, la categoria de informație clasificată de la nr. crt. 5, au fost incluse Planurile de pază și protecție pentru securitatea fizică a obiectivelor, aceste documente având regim de secret de serviciu din acest punct de vedere.

Având în vedere dispozițiile art. 5 din Legea nr. 333/2003, care prevăd că întocmirea planului de pază se face de către conducătorii unităților beneficiare (achizitor în acest caz) împreună cu comandantul/șeful efectivelor societăților specializate de pază și protecție, implicit prestatorul serviciilor de pază are acces la aceste planuri de pază, care în cadrul SC sunt informații clasificate secret de serviciu, conform explicațiilor de mai sus.

De asemenea, precizează că în caietul de sarcini Anexa 1, s-a prevăzut modelul Planului de pază, în cadrul căruia s-a precizat la Capitolul I - Caracteristicile Obiectivului Păzit, că planul de pază se va întocmi în conformitate cu prevederile art. 3, 4 și 5 din Legea nr. 333/2003.

2. În conformitate cu prevederile Hotărârii nr. 585 din 13 iunie 2002, pentru aprobarea Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate în România, pentru a avea acces la informații clasificate persoanele trebuie să dețină certificate de securitate sau autorizații de acces corespunzător nivelului de secretizare.

Entitatea contractantă precizează că în cazul cerinței de calificare nr. 5 din anunțul de participare s-a solicitat ca nivel de secretizare nivelul minim secret de serviciu, așa cum sunt încadrate Planurile de pază care urmează a fi întocmite în cadrul contractului sectorial ce urmează a fi atribuit, conform explicațiilor de la pct. 1 de mai sus.

În susținere, entitatea contractantă face trimitere la extrase din Anexa la Hotărârea nr. 585/2002 în baza căroră s-a decis solicitarea îndeplinirii de către ofertanți a cerinței de calificare nr. 5, cu precizarea prevederilor legale incidente în cazul de față, respectiv art. 7, 8, 31, 26, 39, 33, 3.

Față de cele mai sus menționate, entitatea contractantă consideră că a stabilit în mod corect și legal această cerință de calificare, care are în mod evident legătură cu activitățile desfășurate de prestator la îndeplinirea obiectului contractului sectorial. Astfel, în opinia sa rezultă fără dubii că decizia entității contractante de a include această cerință de

calificare în cadrul procedurii de atribuire a contractului sectorial este legală, și se bazează pe dovezi și argumente temeinice, în concordanță cu prevederile legislației incidente în domeniul achizițiilor sectoriale.

Referitor la solicitarea contestatorului de a modifica această cerință în sensul solicitării cerinței doar pentru anumite posturi de pază, pe motiv că majoritatea posturilor de pază sunt pe câmp, entitatea contractantă consideră că alegația contestatorului nu are relevanță, având în vedere că Planurile de pază se întocmesc pentru fiecare obiectiv în parte al achizitorului, iar în „Lista cuprinzând categoriile de informații clasificate secret de serviciu” nr. 47914/16.11.2020 întocmită de Transelectrica SA, planurile de pază sunt definite ca informații clasificate secret de serviciu, fără nicio excepție.

De asemenea precizează că obiectivele UTT Sibiu pentru care se solicită prestarea serviciilor de pază nu sunt situate pe câmp deschis, acestea fiind de fapt, în majoritate, stații electrice de transformare, obiective strategice, esențiale pentru funcționarea în condiții de siguranță a Sistemului Energetic Național.

De asemenea, entitatea contractantă consideră că societatea contestatoare:

- face confuzie între reprezentantul desemnat și agenții de securitate, accesul la informațiile clasificate realizându-se cu respectarea principiului „necesității de a cunoaște”;
- apreciază eronat natura informațiilor ce trebuie a fi protejate întrucât, în speță este vorba despre informațiile necesare realizării serviciului de pază și nicidecum despre informațiile care se vehiculează în cadrul obiectivului păzit;
- apreciază total eronat specificul obiectivelor, respectiv a faptului că divulgarea unor informații care privesc paza acestora este de natură a crea prejudicii Companiei.

Entitatea contractantă apreciază de asemenea că prestatorul serviciului de pază trebuie să fie conștient că ține de natura serviciului prestat faptul că divulgarea unor anumite informații aferente prestării acestui serviciu este de natură a crea prejudicii entității contractante

Ulterior, prin adresa nr. 30207/13.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 36451/15.07.2021, entitatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în cauză.

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

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii specializate de pază, monitorizare și intervenție la obiectivele UTT Sibiu” cod CPV 79713000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr. /22.06.2021, conform căruia

valoarea estimată a contractului este de 8.911.787 lei, fără TVA. Potrivit cap. II.2.5, criteriul de atribuire este: „cel mai bun raport calitate-preț”.

Din analiza contestației formulate, se reține că SC AKILE SECURITY SRL este nemulțumit de **Cerința nr. 5** inclusă în Fișa de date, pct. III.1.1.b) privind „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, pe care o consideră ca fiind restrictivă, disproporționată și nelegală, motiv pentru care, Consiliul va analiza această cerință prin raportare la prevederile legale aplicabile în materie.

Astfel, potrivit Fișei de date, entitatea contractantă a impus la „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, următoarea cerință:

„Autorizări specifice contractului. Ofertantul trebuie să dețină „Plan de prevenire a scurgerii de informații clasificate (PPSIC)” și „Plan de pază și apărare (PPA)” avizate de ADS (Autoritatea Desemnată de Securitate), de nivel minim secret de serviciu pentru prestarea serviciilor de pază. Pentru derularea contractului de servicii de pază, reprezentanții desemnați ai operatorilor economici (strict în cazul serviciilor de pază) trebuie să dețină autorizație/aviz de acces la informații clasificate de nivel minim secret de serviciu. Cerința este obligatorie doar pentru operatorul economic care va presta serviciile de pază permanentă. Pentru operatorii economici care vor presta servicii de monitorizare, intervenție și/sau intervenție în situații deosebite, cerința de mai sus nu este obligatorie.

Cerința se solicită în conformitate cu prevederile HG nr. 585/2002, pentru aprobarea Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate, Legea nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate, HG nr. 781/2002 privind protecția informațiilor clasificate, HG nr. 1349/ 2002 pentru accesul la informații clasificate, precum și Lista cuprinzând categoriile de informații clasificate aparținând”.

Având a determina în ce măsura cerința de mai sus este restrictivă, Consiliul consideră relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 35 alin. (1) HG nr. 394/2016 potrivit căruia: „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”.

- art. 191 din Legea nr. 99/2016: „(1) Entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției criteriile privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător. (2) Criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de entitatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut. (3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor sectoriale/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor sectoriale/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operațiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa

construcția sau operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora”;

- art. 186 alin. (2) din Legea nr. 199/2016: „În procedurile de atribuire a contractelor sectoriale de servicii, în cazul în care este necesar ca operatorii economici să dețină o autorizație specială sau să fie membri ai unei anumite organizații pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, entitatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că dețin o astfel de autorizație sau că sunt membri ai unei astfel de organizații”;

- art. 9 alin. (1) coroborat cu alin. (3) și alin. (4) lit. f) din HG nr. 394/2016, potrivit căroră: „(1) Etapa de planificare/pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate și se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorității contractante/unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă.

(3) Strategia de contractare este un document al fiecărei proceduri de achiziție publică cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice stabilite la art. 7 alin. (5) din Lege, inițiată de autoritatea contractantă.

(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu: (...) f) justificările privind (...) criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați”.

Consiliul va reține că entitatea contractantă în susținerea cerinței criticate, a depus la pag. 197-196 din dosarul achiziției: „Lista cuprinzând categoriile de informații clasificate secret de serviciu deținute /elaborate la nivelul, entități teritoriale și filiale și termenele de menținere a acestora în nivelurile de secretizare”, nr. 47914/ 16.11.2020, în cadrul căreia la **pct. 16 și 17** sunt incluse:

„Programul de prevenire a scurgerii de informații clasificate întocmit de către deținătorii de informații din clasa maximă Secret de Serviciu”, și

„Planul de pază și apărare întocmit de către deținătorii de informații din clasa maximă Secret de Serviciu”, necesitatea acestor documente **regăsindu-se și în cadrul Strategiei de contractare nr. 695/ 26.05.2021 (pag. 11-27 din dosarul cauzei).**

Potrivit art. 164 din Legea nr. 99/2016: „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, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Raportat la aspectele mai sus menționate, Consiliul constată că, solicitarea în cauză corespunde necesității entității contractante fiind determinată de informațiile clasificate secret de serviciu deținute/elaborate la nivelul, nu restricționează procedura și nici nu încalcă principiile care guvernează legislația în materia achizițiilor sectoriale.

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația entității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu produce sau prestează serviciile solicitate. Astfel fiind, entitatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebări/sau contestație sau după natura serviciilor pe care acesta le comercializează.

Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al entității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa entitatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor privind *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”*, ori altor prevederi ale documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv și nelegal al acestora.

Consiliul nu va lua în considerare simpla afirmație a contestatorului, potrivit căreia cerințele criticate ar fi restrictive în condițiile în care acesta din urmă nu a prezentat nici un argument sau probă din care să rezulte că, pe piața serviciilor de pază și protecție ar fi un număr limitat de operatori economici care ar îndeplini cerința în cauză, fiind astfel limitată participarea la procedură afectând implicit principiul concurenței, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit căreia *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și entitatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmplă nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu

administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

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 dovedească că aceste cerințe aferente capacității de exercitare a activității profesionale au caracter restrictiv și nu corespund necesității entității contractante; ori, contestatorul s-a limitat la simple susțineri fără însă a indica vreun argument sau produce vreo probă care să demonstreze cele susținute.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă contestația formulată de SC SRL în contradictoriu SA.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu SA.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.