



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 1356/C3/1444

Data: 07.08.2020

Prin contestația nr. 794/20.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29091/21.07.2020, înaintată de SRL, cu sediul în, str. Alea Intrarea Horbotei nr. 12, bl. 1, sc. 2, ap. 26, ..., înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii proprii, emis de cu sediul în, str. Republicii, nr. 300, ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura proprie tip anexa 2, de atribuire a acordului-cadru pe 3 ani având ca obiect Achiziție servicii de pază și protecție a obiectivelor, bunurilor și valorilor Spitalului Municipal de Urgență "ELENA BELDIMAN", inițiată cu anunțul nr. ADV 1124338, publicat în SEAP la data de 20.12.2019, s-a solicitat anularea actului atacat, repunerea în termenul de răspuns la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 8395/12.05.2020, precum și reevaluarea ofertei sale și a ofertelor SC SRL și SRL.

Prin adresa nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. / 30.07.2020, SC SRL, cu sediul social în, ..., ..., ..., ..., ..., înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, a transmis o cerere de intervenție, prin care a solicitat respingerea contestației formulate de SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. 794/20.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29091/21.07.2020, ... SRL atacă adresa nr. 12080 din 13.07.2020- Comunicare privind rezultatul procedurii proprii tip Anexa 2, emisă de SPITALUL MUNICIPAL DE URGENȚĂ "ELENA BELDIMAN"

Învederează contestatorul că, prin adresa nr. 12080 din 13.07.2020, autoritatea contractantă i-a făcut cunoscut faptul că, în urma reevaluării ofertelor financiare, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, motivând că nu i-a răspuns în termen la solicitarea de clarificări nr. 8395/12.05.2020.

Contestatorul solicită anularea adresei nr. 12080/13.07.2020. repunerea în termenul de răspuns la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 8395/12.05.2020, precum și reevaluarea ofertei sale.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante potrivit căreia contestatorul nu a răspuns în termenul solicitat la solicitarea de clarificări nr. 8395/12.05.2020, acesta apreciază că este eronată și fără temei legal.

Față de oferta, contestatorul critică folosirea convențiilor în susținerea tarifului ofertat încheiate în baza Legii nr. 76/2002, precum și cotarea unor cheltuielile indirecte "derizorii".

Referitor la oferta, criticile vizează cheltuielile indirecte și folosirea convențiilor, în susținerea tarifului ofertat încheiate în baza Legii nr. 76/2002.

Contestatorul precizează că nu a avut acces la dosarul procedurii, respectiv nu i-a fost comunicat raportul procedurii.

În replică, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 12838/24.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30065/....., a transmis punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea ei, ca netemeinică și nelegală.

Precizează autoritatea contractantă că, după admiterea, în parte, a contestației nr. 249/24.02.2020 (soluționată prin Decizia CNSC nr. 506/C3/309,318 din 27.03.2020), Curtea de Apel Iași, prin Decizia nr. 259/29.04.2020, a modificat decizia Consiliului. Prin Decizia nr. 947/C3/913 din 11.06.2020, Consiliul a respins cea de a doua contestație, formulată împotriva adresei de solicitare de clarificări nr. 8395/12.05.2020. Prin Decizia nr. Curții de Apel a respins plângerea contestatorului.

Or, atacă deciziile deja luate de autoritatea contractantă, în două etape diferite ale evaluării ofertelor: contestarea comunicării ofertei, ca inacceptabilă, în urma finalizării etapei de reevaluare financiară și contestarea Raportului procedurii, emis în urma etapei finale de evaluare a ofertelor, etapa în care contestatarul nu s-a calificat.

Referitor la contestarea comunicării ofertei, ca inacceptabilă, autoritatea contractantă consideră că toți cei 3 ofertanți la care comisia

de evaluare a trimis solicitări de clarificare identice, cu același timp de răspuns, de 3 zile (13, 14 și 15.05.2020), au avut timp suficient de răspuns, raportat la cerințele din clarificări, cerințe care se refereau la informații pe care ofertanții trebuiau să le aibă deja pregătite la data depunerii ofertelor (întrucât, pe baza lor, s-au fundamentat ofertele de preț).

În ceea ce privește contestarea Raportului procedurii, autoritatea contractantă specifică că ofertantul SRL poate contesta doar comunicarea de respingere a ofertei, de la etapa de reevaluare financiară, nefiind calificat în faza finală de evaluare a ofertelor, consemnată în raportul procedurii.

Acesta nu poate contesta raportul procedurii deoarece, în primul rând, nefiind calificat, nu mai are calitate de ofertant, iar în al doilea rând, nu poate contesta rezultatul procedurii prin reluarea, în cadrul contestației nr. 794/20.07.2020, a aceluiași motive invocate în contestația nr. 249/24.02.2020, asupra ofertelor SC SRL și SRL.

În opinia autorității contractante, contestatarul vrea să demonstreze, prin orice metodă, că toate ofertele situate înaintea ofertei sale în clasament, nu sunt conforme și doar a lui este conformă. Însă, atunci când autoritatea contractantă i-a adresat aceleași solicitări de clarificare, ca celorlalți ofertanți, nu a răspuns acestora, ci le-a contestat, astfel sustrăgându-se verificărilor.

Referitor la mențiunea contestatarului că nu a avut acces la dosarul procedurii, respectiv nu i-a fost comunicat raportul procedurii, autoritatea contractantă menționează că a răspuns în data de 21.07.2020 la cererea lui, din data de 20.07.2020, comunicându-i documentul în cauză.

Prin adresa nr. 827/....., înregistrată la CNSC sub nr. 30479/29.07.2020, contestatorul a transmis că renunță la criticile referitoare la oferta SRL și că își menține criticile referitoare la ofertantul SC SRL.

Prin adresa nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./30.07.2020, SC SRL a transmis o cerere de intervenție, prin care a solicitat respingerea contestației.

Cu privire la capătul de cerere privind contestarea adresei nr. 12080/13.07.2020, de declarare inacceptabilă a ofertei SRL, intervenientul precizează că solicitarea de clarificări a autorității contractante (adresa nr. 8395/12.05.2020) către contestator a fost rezultatul reevaluării ofertelor financiare, impusă prin decizia nr. 259/2020 a Curții de Apel (rămasă definitivă).

Contestatorul, care inițial a solicitat autorității contractante prelungirea termenului de răspuns la solicitarea de clarificări, a refuzat să răspundă și, în ziua în care se împlinea termenul, a formulat o contestație împotriva emiterii acestei clarificări, apreciind-o nelegală.

Atât CNSC cât și Curtea de Apel au respins, ca neîntemeiată, contestația formulată de SRL împotriva solicitării de clarificări, stabilind că autoritatea contractantă a procedat legal la formularea ei.

După reluarea procedurii, ca urmare a respingerii definitive a contestației împotriva solicitării de clarificări, autoritatea contractantă a constatat, în mod corect, neprimirea niciunui răspuns de la contestator, față de răspunsul la solicitarea de clarificări, în termenul precizat, și a respins oferta, ca inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Prin respingerea, în mod definitiv, a contestației împotriva formulării solicitării de clarificări reiese, în mod evident, obligația de răspuns a contestatorului. Cu toate că acesta și-a rezervat dreptul de a contesta solicitarea de clarificări, prin contestația anterioară, nu a solicitat, la acel moment, și luarea măsurii provizorii de suspendare a efectelor adresei nr. 8395/12.05.2020, actul atacat producându-și pe deplin efectele de act administrativ, în sensul Legii nr. 554/2004.

Contestatorul nu și-a rezervat dreptul de a răspunde la solicitarea de clarificări, pe care a considerat-o nelegală, prin blocarea/oprirea termenului de răspuns acordat de autoritatea contractantă prin adresa nr. 8395/12.05.2020, depunerea unei contestații, în temeiul art. 8 din Legea 101/2016, neavând acest rol.

În acest context, având în vedere dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, dispoziții ce nu lasă loc niciunei interpretări, autoritatea contractantă avea obligația să se conformeze și să declare oferta ca fiind inacceptabilă.

Principiul egalității de tratament și principiul nediscriminării, indicate drept bază legală de către contestator, pentru a justifica, din punctul său de vedere, acordarea dreptului de a răspunde la solicitarea de clarificări, peste termenul inițial, ar fi fost încălcat, în contextul în care autoritatea contractantă ar fi revenit, așa cum și-ar fi dorit contestatorul.

Acordarea unui nou termen la solicitarea de clarificări, pentru contestator, ar încălca într-adevăr principiile prevăzute de la art. 2 din Legea nr. 98/2016, al nediscriminării și tratamentului egal, și ar însemna un tratament preferențial pentru contestator față de ceilalți ofertanți rămași în competiție, care s-au conformat și au răspuns în termenul legal.

Cu privire la cel de al doilea capăt de cerere din contestație, prin care se solicită reevaluarea ofertelor SC SRL și SC SRL, intervenientul ridică următoarele excepții:

1. excepția autorității de lucru judecat; cu privire la acest capăt de cerere Curtea de Apel s-a pronunțat deja, în mod definitiv, prin Decizia nr. 259/2020, ele nemaiputând face obiectul unei noi cereri, având în vedere dispozițiile art. 431 alin. (1) și (2) C.proc.civ. potrivit cărora (1) "Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul acele..... cauze și pentru același obiect. (2)

Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat intru-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă."

2. excepția inadmisibilității acestui capăt de cerere, motivat de lipsa calității de persoană vătămată; actul contestat de SRL este adresa nr. 12080/13.07.2020, prin care i se aduce la cunoștință declararea ofertei sale ca inacceptabilă, motivat de faptul că nu a răspuns în termen la solicitarea de clarificări. Acesta nu contestă nici rezultatul procedurii și nici raportul procedurii, iar criticile formulate împotriva ofertei intervenientului nu sunt făcute din postura de persoană vătămată, în sensul art. 2 din Legea nr. 101/2016, deoarece adresa contestată, emisă de autoritatea contractantă la data de 13.07.2020, nu îndeplinește condiția de a-i conferi contestatorului aceasta calitate.

3. excepția lipsei de interes; solicitarea reevaluării ofertei intervenientului, în condițiile în care nu s-a solicitat anularea rezultatului procedurii și a raportului procedurii, apare ca lipsită de temei legal precum și de interes, neavând nici o finalitate.

Pentru toate aceste motive, intervenientul solicită respingerea contestației formulate de SRL.

În drept, SC SRL își întemeiază cererea de intervenție pe dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 61 și art. 63 C.proc.civ.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

SPITALUL MUNICIPAL DE URGENȚĂ „ELENA BELDIMAN” a inițiat, la 20.12.2019, o procedură proprie pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect Achiziție servicii de pază și protecție a obiectivelor, bunurilor și valorilor Spitalului Municipal de Urgență „Elena Beldiman”, prin publicarea în SEAP, în 20.12.2019, a anunțului de publicitate nr. ADV1124338. În documentația de atribuire, autoritatea contractantă a specificat că procedura se derulează în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016.

Împotriva adresei nr. 12080 din 13.07.2020, reprezentând Comunicare privind rezultatul procedurii proprii tip Anexa 2 de atribuire a acordului-cadru de achiziție publică, ... SRL a înaintat prezenta contestație, solicitând anularea actului atacat, repunerea în termenul de răspuns la solicitarea de clarificări nr. 8395/12.05.2020, reevaluarea ofertei sale, precum și reevaluarea ofertelor SC SRL și SRL.

Consiliul a luat act de faptul că SRL a făcut dovada îndeplinirii obligației stabilite la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul depunerii cauțiunii, conform celor consemnate prin recipisa de consemnare nr. 206398425/1, în valoare de 81.020 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în 22.07.2020.

Consiliul reține că, prin adresa nr. 827/....., înregistrată la CNSC cu nr. 30479/29.07.2020, contestatorul înțelege să renunțe la solicitarea de reevaluare a ofertei SRL. Astfel,

Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, ia act de renunțare la capătul de cerere (din contestație) privind reevaluarea ofertei SRL.

Consiliul reține că, în speță, a fost înaintată o cerere de intervenție, de către SC SRL, prin care solicită respingerea contestației.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei, în principiu, autorul ei având interesul de a se menține actualul rezultat al procedurii, conform căruia oferta sa este declarată câștigătoare.

Consiliul ia act de faptul că autoritatea contractantă și intervenientul au invocat o serie de excepții, motiv pentru care va face analiza lor cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul reține că, față de cererea contestatorului de reevaluare a ofertei SC SRL, intervenientul invocă:

- excepția inadmisibilității acestui capăt de cerere, motivat de lipsa calității de persoană vătămată precum *(acesta nu contestă nici rezultatul procedurii și nici raportul procedurii, iar criticile formulate împotriva ofertei intervenientului, nu sunt făcute din postura de persoana vătămată)*;

- excepția lipsei de interes *(în condițiile în care nu s-a solicitat anularea rezultatului procedurii și a raportului procedurii apare ca lipsită de temei legal precum și de interes neavând nici o finalitate)*.

Consiliul va respinge aceste excepții, deoarece contestatorul, prin participare la prezenta procedură și respingerea ofertei sale, are calitate de persoană vătămată, în înțelesul art. 3 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 101/2016. Chiar dacă acesta nu a contestat raportul procedurii de atribuire, aceasta se deduce din modul de formulare a criticilor, prin care a solicitat reevaluarea ofertei sale și a celei aparținând câștigătorului. Or, consemnarea deciziilor finale se regăsește în raportul procedurii. Contestatorul se simte vătămat de aceste decizii, rezultatul final fiindu-i adus la cunoștință prin adresa de comunicare nr. 12080/13.07.2020.

În ceea ce privește interesul contestatorului, acesta rezidă chiar și din posibilitatea de inițiere a unei noi proceduri (în ipoteza anulării celei aflate în derulare, chiar dacă petentul nu a solicitat anularea ei) și participarea la cea nouă.

Relevantă în acest sens este Hotărârea CJUE, din 11 mai 2017, în cauza C 131/16, Archus, pct. 52: *Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul acele..... proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).*

În ceea ce privește excepția autorității lucrului judecat, invocată de autoritatea contractantă, dar și de intervenientă în favoarea ei, în privința modului de evaluare a ofertei SC SRL, Consiliul constată temeinicia ei.

Consiliul are în vedere dispozițiile art. 430 alin. (1) și (2) și (5) din Codul de Procedură Civilă: *(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă, precum și pe cele ale art. 432 din același act normativ citat, care stipulează că: Excepția autorității de lucru judecat poate fi invocată de instanță sau de părți în orice stare a procesului, chiar înaintea instanței de recurs. Ca efect al admiterii excepției, părții i se poate crea în propria cale de atac o situație mai rea decât aceea din hotărârea atacată.*

Consiliul constată că, prin prezenta contestație, au fost formulate critici privitoare la acceptarea, în competiția ofertelor admisibile, a ofertei SC SRL, critici identice cu cele din prima contestație depusă de SC SRL, soluționată prin decizia nr. 506/C3/309,318 din 27.03.2020 și modificată de Curtea de Apel, prin Decizia nr. 259/29.04.2020.

În fapt, prin prezenta contestație nu se atacă modul de reevaluare a ofertei SC SRL, după punerea în aplicare a deciziei curții de apel, ci aceasta se referă la procesul de evaluare a ofertei câștigătorului, pe baza documentelor depuse până la emiterea primei decizii. Or, aceste probleme au fost deja clarificate, iar, conform art. 431 din Codul de Procedură Civilă, contestatorul nu poate solicita, din nou, judecarea acele..... cauze.

Trecând la analiza pe fond a contestației, privind decizia de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține că, în procedură, SC SRL a formulat, anterior, alte două contestații.

Prima a fost soluționată de Consiliu prin Decizia nr. 506/C3/309,318 din 27.03.2020, ce a fost admisă și prin care CNSC a dispus respingerea ofertelor SC SRL, SC SRL, ...SRL și SC SRL, conform motivării (...). Ca urmare a plângerilor formulate de SC SRL și de autoritatea contractantă, Curtea de Apel a modificat Decizia CNSC, prin Decizia nr. 259/29.04.2020.

În vederea punerii în aplicare a deciziei curții de apel, unitatea spitalicească a solicitat de la SC SRL, prin adresa nr. 8395/12.05.2020, justificarea/fundamentarea prețului ofertat. Ofertantul a atacat solicitarea, formulând contestația nr. 674/15.05.2020, înregistrată la CNSC sub 998/15.05.2020, ce a fost respinsă, ca nefondată, prin Decizia nr. 947/C3/913 din 11.06.2020, cu următoarea motivare: În ceea ce privește prima solicitare, Consiliul constată a fi

îndreptățită necesitatea de clarificare adresată de comisia de evaluare, aceasta nefiind lămurită asupra cuprinderii, în propunerea financiară, a costurilor cu deplasarea (cazare, diurnă, transport) la a agenților care au domiciliu în alte localități. O eventuală lipsă din tarif a acestor costuri, ar reprezenta o dovadă că oferta a fost întocmită cu încălcarea Codului muncii, dar și de propunere a unor prețuri care nu pot fi susținute/justificate de ofertant.

Abia după primirea, de la ofertanți, a informațiilor privind agenții de pază, comisia de evaluare poate stabili cuprinderea în tarif a tuturor costurilor aferente prestării serviciului.

SC SRL a formulat plângere și împotriva celei de a doua decizii a Consiliului. Prin Decizia nr. 507/2020 din 8 iulie 2020, Curtea de Apel a respins plângerea.

În 10.07.2020, autoritatea contractantă a emis Raportul procedurii, în care a decis respingerea ofertei contestatorului, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, întrucât nu a răspuns la solicitarea de clarificări nr. 8395/12.05.2020, iar în 13.07.2020, a comunicat ofertanților rezultatul procedurii de atribuire.

În ceea ce privește critica adusă de contestator deciziei de respingere a ofertei sale, Consiliul constată netemeinicia ei.

Contestatorul, deși cunoștea, din 08.07.2020, respingerea, de către Curtea de Apel a plângerii sale, nu a transmis niciun răspuns referitor la solicitarea de clarificări a autorității contractante. Decizia curții de apel fiind definitivă, deci obligația de răspuns fiind legală, contestatorul trebuia să se conformeze, de îndată, cererii achizitorului, prin transmiterea fundamentării prețului și a documentelor justificative. Cu toate acestea, contestatorul a rămas în pasivitate, nu a întreprins niciun un demers în acest sens.

Consiliul nu poate valida susținerea contestatorului referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu i-a dat *posibilitatea legală de a răspunde la solicitarea de clarificări*, întrucât acesta a avut la dispoziție un timp suficient (din 12.05.2020 până la 08.07.2020) să-și pregătească răspunsul. Or, nici măcar pe calea prezentei contestații, acesta nu a demonstrat că justifică prețul ofertat.

Astfel, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a respins oferta SC SRL, în mod corect, pentru lipsa răspunsului la solicitarea de clarificări.

Pentru argumentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea adresei nr. 12080/13.07.2020- *Comunicarea privind rezultatul procedurii*.

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de SC SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează în principiu cererea de intervenție voluntară accesorie, formulată de SC SRL.

Respinge excepțiile invocate de intervenient, privind lipsa calității de persoană vătămată și lipsa de interes a contestatorului.

Admite excepția autorității lucrului judecat invocată de autoritatea contractantă și de intervenient, privind reevaluarea ofertei acestuia din urmă.

Ia act de renunțare la cererea din contestație privind reevaluarea ofertei SRL.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu privind decizia de respingere a ofertei sale.

Admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de SC SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.