



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1793/C1/1886, 1908

Data: 01.10.2020

Prin contestația nr. 331/01.09.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 37702/04.09.2020, formulată de cu sediul în, str., jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO....., reprezentată legal de , împotriva raportului procedurii nr. 7626/31.08.2020 și a adresei nr. 7627/31.08.2020 de comunicare a rezultatului procedurii, emise de către , în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str. Carol I, nr.37, jud., în cadrul procedurii licitație deschisă având ca obiect atribuirea contractului pentru: „Servicii de pază achizitor Direcția Silvică”, cod CPV 79713000-5, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 7626/31.08.2020 și a adresei nr. 7627/31.08.2020 de comunicare a rezultatului procedurii, precum și toate actele subsecvente emise de autoritatea contractantă în ceea ce privește respingerea ofertei sale și anularea procedurii de atribuire;

- continuarea procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 37984/07.09.2020, ... în calitate de lider al asocierii

- cu sediul în, jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. J14/1670/2014, având cod unic de înregistrare reprezentată legal prin împotriva rezultatului procedurii de

atribuire comunicat prin adresa nr. 7628/31.08.2020 s-a solicitat revocarea deciziei prin care oferta sa a fost declarată inadmisibilă, revocarea raportului procedurii și a oricărui act subsecvent și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

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

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 1886/2020 și nr. 1908/2020 au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În fapt contestatorul precizează că Direcția Silvică, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura privind atribuirea contractului de servicii de pază în data de 22.05.2020, valoarea totală estimată a acestuia, fiind de 317.398,00 lei respectiv 18,11 lei/oră, pentru o perioadă de 24 luni.

Contestatorul susține că la data de 26.08.2020, autoritatea contractantă l-a informat că oferta sa a fost clasată pe locul 1, solicitându-i în același timp să prezinte documentele suport DUAЕ. La această solicitare susține că a răspuns prin adresa nr. 323/26.08.2020, atașând documentele solicitate.

Arată că ulterior, prin comunicarea nr. 7627/31.08.2020 și raportul procedurii nr. 7626/31.08.2020, autoritatea contractantă l-a informat că oferta sa a fost declarată inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016. De asemenea, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că anulează procedura de achiziție în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că formulează prezenta contestație împotriva rezultatului stabilit de autoritatea contractantă deoarece apreciază că nu s-au aplicat și nu s-au respectat prevederile legale aplicabile în materie și actele normative incidente, iar autoritatea

contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv în ceea ce privește respingerea ofertei depusă de în cadrul procedurii. Mai mult, autoritatea contractantă a creat motive artificiale pentru a anula procedura de achiziție în cauză încălcând astfel principiile prevăzute de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În justificarea privind respingerea ofertei sale, susține că autoritatea contractantă a precizat „în urma verificării documentelor suport/dovezilor informațiilor din DUAE, comisia de evaluare a constatat că răspunsul este incomplet și astfel informațiile preliminare din DUAE nu sunt demonstrate, respectiv nu au fost depuse certificate fiscale eliberate de autoritățile locale aferente sediilor secundare și punctelor de lucru menționate în certificatele eliberate de ONRC nici pentru SMB SRL nici pentru subcontractantul”.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a finalizat etapa de solicitare și verificare a documentelor suport DUAE.

Astfel, arată că în conformitate cu dispozițiile art. 196 din Legea nr. 98/2016 alin. (3) „Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2)”.

Cu privire la acest aspect arată că textul de lege permite unei autorități contractante să solicite completarea documentelor în vederea edificării asupra realității în ceea ce urmează a fi prestat conform documentației de atribuire și a cerințelor înscrise în fișa de date, în ceea ce privește situația reală a unui ofertant. Consideră că demersul comisiei de evaluare în ceea ce privește respingerea ofertei sale este unul nelegal care încalcă principiul proporționalității, înțeles ca fiind egală măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Prin urmare, consideră că nimic nu oprește autoritatea contractantă să ceară și, prin urmare, să primească, eventuale completări și/sau clarificări ale documentelor de calificare depuse pentru confirmarea informațiilor din DUAE.

Pe de altă parte, susține că nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 („Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”), deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 209 alin. (1) din lege) nu poate fi apreciată chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

De asemenea, arată că ipoteza prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea, de către autoritatea contractantă, a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

Contestatorul precizează că în prezenta speță nu sunt incidente dispozițiile art. 137 alin (5) și art. 137 alin (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, întrucât dispozițiile legale anterior amintite se referă la o solicitare de clarificări pe care autoritatea contractantă o cere unui ofertant cu privire la documentele prezentate în cadrul ofertei sau solicitării de participare.

Or, în speța analizată, nu este vorba despre o astfel de situație. Autoritatea contractantă nu a cerut clarificări privind documentele depuse, ci doar prezentarea celor de calificare, acte care, potrivit art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, pot face obiectul solicitării de completare și/sau clarificare.

Așadar, în opinia sa comisia de evaluare avea obligația de a verifica situația sa reală, respectiv dacă are sau nu înregistrate datorii la punctele de lucru menționate în certificatul emis de ONRC. Numai în urma unei astfel de solicitări, autoritatea contractantă putea să finalizeze procedura în cauză. În susținere invocă dispozițiile art. 134 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 395/2016, pe care le redă.

Prin urmare arată că o ofertă este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește cerințele de calificare și selecție enumerate în fișa de date dar această sancțiune nu intervine imediat ci după exercitarea tuturor drepturilor și obligațiilor autorității contractante și a ofertantului în cauză.

Astfel, conduita autorității contractante de a-i respinge oferta este în opinia sa una abuzivă și disproporționată în raport cu scopul și interesele autorității contractante și a ofertanților.

De asemenea, consideră că este nelegală decizia comisiei de evaluare privind măsura anulării procedurii în cauză întrucât autoritatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii organizată.

Pe cale de consecință, solicită admiterea ca temeinică și legală a contestației formulată de către ofertantul și să dispună în concordanță cu prevederile legale aplicabile în materie.

În drept, își întemeiază susținerile pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, a Legii nr. 98/2016 și a HG nr. 395/2016.

Anexat contestației în original, înregistrată la CNSC sub nr. 38003/07.09.2020, ...depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206487331/1, tranzacția: 1005838100/1776095429 din data de 03.09.2020, emisă de CEC Bank – sucursala, în valoare de 6.348,00 lei.

Prin adresa nr. 7918/08.09.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 38510/09.09.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de

Autoritatea contractantă arată că în contestație se invocă faptul că nu a finalizat etapa de solicitare și verificare a documentelor suport DUAЕ. Totodată, arată că societatea contestatoare menționează faptul că, în speță nu sunt incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În combaterea acestor critici, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 132 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016 care prevăd:

„(1) În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ.

(2) Comisia de evaluare are obligația solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire”.

Prin urmare, autoritatea contractantă precizează că a solicitat prin adresa postată în SEAP în data de 24.08.2020 următoarele:

„Veți depune în SEAP documentele ce susțin îndeplinirea DUAЕ pentru dvs. și pentru subcontractantul dvs., respectiv - certificate fiscale locale, caziere judiciare, certificate ORC, licența de funcționare, documente referitoare la derularea contractelor similare, documente referitoare la dispecerat și echipaj mobil etc. Pentru mai multe precizări, a se vedea secțiunea III din fișa de date a achiziției. ATENȚIONAM ASUPRA ART. 134 ALIN. (5) DIN HG NR.395/2016 ACTUALIZATA”.

Autoritatea contractantă redă în continuare un extras din fișa de date cu privire la cerința despre care susține că operatorul economic nu a îndeplinit-o efectiv, cerință pe care contestatorul trebuia să o cunoască de la momentul în care a decis să participe la respectiva achiziție publică.

Astfel, arată că în fișa de date la pag. 3 se preciza:

„b) (...) NOTA: În situația existenței mai multor puncte de lucru, CERINȚA PRIVIND TAXELE SI IMPOZITELE LOCALE SE VA APLICA

PENTRU TOATE SEDIILE SI PUNCTELE DE LUCRU PENTRU CARE EXISTA OBLIGAȚII DE PLATA. Dacă în Certificatul constatator eliberat de ONRC apar mai multe sedii și puncte de lucru, aferent fiecărei localități se va depune certificat fiscal sau, în cazul în care nu există obligații de plată, se va depune declarație pe propria răspundere din care rezultă acest lucru”.

Așadar, autoritatea contractantă susține că operatorul economic contestator avea obligația de diligență în ceea ce privește studierea cu atenție a cerințelor achiziției la care participă și depunerea tuturor informațiilor solicitate de către autoritatea contractantă, cu atât mai mult cu cât în solicitare i s-a reamintit necesitatea revederii secțiunii III din Fișa de date.

Autoritatea contractantă precizează că din certificatul constatator nr. 503007/26.08.2020 emis pe numele reiese că sediul social este în Municipiul Din același înscris, reiese că acest operator economic are numeroase puncte de lucru în diferite localități din țară. Asemănător este și certificatul constatator nr. 489779/19.08.2020 emis pe numele subcontractantului în sensul că există numeroase puncte de lucru în diferite localități din țară.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă susține că așa cum i s-a transmis contestatorului prin adresa nr. 7627/31.08.2020, informațiile preliminare din DUAЕ nu au fost demonstrate, în sensul că nu au fost depuse certificate fiscale eliberate de autoritățile locale aferente tuturor sedilor secundare și punctelor de lucru menționate în certificatul eliberat de ORC nici pentru și nici pentru subcontractantul SC SRL.

Mai mult invocând dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea arată că din interpretarea logico-juridică a sintagmei „are dreptul” reiese că ei nu îi este instituită o obligație de

solicitare clarificări dacă aceasta consideră că ofertantul, nu a depus toate informațiile solicitate.

Prin urmare, contestatorul nu poate invoca faptul că a fost în imposibilitate de a cunoaște ce anume informații/documente trebuia să transmită, întrucât încă din fișa de date a achiziției publice se menționează tot parcursul pe care îl va urma această procedură.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă trebuie să solicite la nesfârșit clarificări la informațiile pe care operatorul economic nu le depune din motive necunoscute autorității, tergiversându-se o procedură publică, în condițiile în care aceasta avea nevoie de realizarea legală și cu celeritate a achiziției în cauză.

Autoritatea contractantă consideră că a respectat prevederile legale în materie de achiziții publice și că este corectă respingerea ofertei depuse de către contestator în baza art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Aprecierea că nedepunerea documentelor privind solicitarea susținerii informațiilor DUAЕ nu se încadrează în dispozițiile art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 este una eronată, în opinia autorității contractante, întrucât toate documentele necesare a fi transmise de operatorii economici au scopul de a susține întreaga ofertă depusă (noțiunea de ofertă este precizată la modul general - nu se referă la oferta financiară sau cea tehnică ci la întreaga documentație din care rezultă o ofertă de prestare servicii de pază).

În concluzie, solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 347/15.09.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 39464/15.09.2020 transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul susține că din punctul de vedere se observă că autoritatea contractantă nu a finalizat procesul de evaluare al ofertei depusă de el în cadrul procedurii, ci a respins oferta sa fără a se afla în posesia tuturor informațiilor privind documentele suport DUAЕ.

Invocând dispozițiile art. 134 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 395/2016, contestatorul arată că contrar afirmațiilor autorității contractante, Consiliul a constatat că aceste dispoziții legale permit solicitarea de clarificări pentru o evaluare completă a ofertei și permit completarea documentelor prezentate inițial de candidat/ofertant/subcontractant/terț susținător, respectiv:

„Potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (2) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a solicita clarificări/completări ale documentelor prezentate inițial de candidat/ofertant/subcontractant/terț susținător cu privire la neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016, înainte de a lua o decizie de respingere a ofertei”.

În justificarea privind respingerea ofertei sale, arată că autoritatea contractantă a precizat „în urma verificării documentelor suport/dovezilor informațiilor din DUAЕ, comisia de evaluare a constatat că răspunsul este

incomplet și astfel informațiile preliminare din DUAЕ nu sunt demonstrate, respectiv nu au fost depus certificate fiscale eliberate de autoritățile locale aferente sediilor secundare și punctelor de lucru menționate în certificatele eliberate de ONRC nici pentru nici pentru subcontractantul

După cum rezultă din textele de lege evocate, contestatorul consideră că nimic nu oprește autoritatea contractantă să ceară și, prin urmare, să primească, eventuale completări și/sau clarificări ale documentelor de calificare depuse pentru confirmarea informațiilor din DUAЕ.

Pe de altă parte, consideră că nu se poate reține în speța de față ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 209 alin. (1) din lege) nu poate fi apreciată chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

Consideră că în prezenta speță nu sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, întrucât dispozițiile legale anterior amintite se referă la o solicitare de clarificări pe care autoritatea contractantă le cere unui ofertant cu privire la documentele prezentate în cadrul ofertei sau solicitării de participare. Or, în speța analizată, nu este vorba despre o astfel de situație. Autoritatea contractantă nu a cerut clarificări privind documentele depuse, ci doar prezentarea celor de calificare, acte care, potrivit art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, pot face obiectul solicitării de completare și/sau clarificare.

Așadar, contestatorul consideră că comisia de evaluare avea obligația de a verifica situația reală a sa, respectiv dacă are sau nu înregistrate datorii la punctele de lucru menționate în certificatul emis de

ONRC. Numai în urma unei astfel de solicitări, autoritatea contractantă putea să finalizeze procedura în cauză.

Totodată, susține că în prezenta speță, este vorba de o inadvertență de formă în condițiile în care informațiile privind faptul că nu are înregistrate datorii, aspecte ce se regăsesc în DUAE depus în cadrul procedurii de achiziție.

De asemenea, consideră că este nelegală decizia comisiei de evaluare privind măsura anularii procedurii în cauza întrucât autoritatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii organizată de Direcția Silvică

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 37984/07.09.2020, ... în calitate de lider al asocierii -, critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 7628/31.08.2020.

Contestatorul critică modul de evaluare al autorității contractante, având ca efect declararea ofertei sale drept inadmisibilă.

Arată că autoritatea contractantă a considerat oferta sa neconformă în baza art. 137 alin. (3), lit. d) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, motivând faptul că în calculația prețului unitar nu s-a ținut cont de art. 2 alin. (3) din Ordinul nr. 590/2008 al ANPH privind aprobarea instrucțiunilor pentru aplicarea art. 78 din Legea nr. 448/2006.

Or, conform Legii nr. 448/2006, modificată și completată prin Legea nr. 193/2020, la art. 78 este prevăzută obligativitatea persoanelor juridice care au cel puțin 50 de angajați de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de angajați.

Contestatorul susține că a făcut dovada îndeplinirii acestei prevederi legale, prin documentele depuse la dosarul achiziției.

În acest sens, arată că autoritatea contractantă a adăugat condiții proprii la lege, punând în discuție norma de lucru a salariaților în calculul timpului de lucru. Însă, când se pune în discuție aplicarea unei legi în concret, unul dintre principiile de baza ale dreptului este: „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, adică „unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă”.

Niciunde în cuprinsul Legii nr. 448/2006, modificată și completată prin Legea nr. 193/2020, nu este prevăzută obligativitatea încadrării persoanelor cu handicap cu o anumită normă de muncă, nu este menționat timpul de lucru necesar pentru încheierea valabilă a contractului individual de muncă.

Cu atât mai mult, consideră că autoritatea contractantă nu poate declara neconformă o ofertă pentru neîndeplinirea unor cerințe care nu sunt specificate nici în anunțul de participare, nici în caietul de sarcini, nici în fișa de date a achiziției.

Astfel arată că în Fișa de date a achiziției sunt detaliate concret în cadrul Secțiunii a III-a, condițiile de participare, inclusiv capacitatea de

exercitare a activității profesionale, precum și capacitatea economică și financiară. În cuprinsul acestor specificații, nu este menționată norma de lucru a salariaților, iar societățile ce formează asocieria au făcut dovada respectării documentației de atribuire.

Totodată, susține că orice decizie a autorității contractante trebuie să se bazeze pe o evaluare temeinică a documentelor care i-au fost puse la dispoziție (inclusiv prin apelarea la un expert cooptat), iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective.

În sprijinul celor menționate mai sus, contestatorul precizează că pune la dispoziție și punctul de vedere formulat de Inspectoratul Teritorial de muncă privind modul de încadrare de către societățile comerciale a persoanelor cu handicap.

Contestatorul arată că în comunicarea rezultatului procedurii, prin adresa nr. 7628/31.08.2020, autoritatea contractantă se prevalează de Ordinul nr. 590/2008 al ANPH privind aprobarea Instrucțiunilor pentru aplicarea art. 78 din Legea nr. 448/2006, însă societățile asocierii nu au inclus în fundamentarea prețului din propunerea financiară aspectele prevăzute de legea mai sus menționată, respectiv valoarea financiară corespunzătoare procentului de includere în schema de personal a categoriilor de persoane cu handicap, raportat la efectivul necesar pentru prestarea serviciilor.

Contestatorul precizează că el și asociatul său au în schema de încadrare, persoane cu handicap angajate, fapt ce dovedește respectarea cadrului legal, însă pentru asigurarea serviciilor de pază necesare Direcției Silvice, au alocat un efectiv de agenți de securitate care nu fac parte dintre persoanele cu handicap, în conformitate cu prevederile Legii nr. 53/2003 - Codul Muncii, corelat cu programul orar de asigurare a pazei și cu normele pentru stabilirea salariului, conform HG nr. 935/2019.

În opinia sa, autoritatea contractantă și-a depășit cadrul organizațional al procedurii, substituindu-se unor entități cu atribuții de verificare și control cu mult peste aspectele legale ale documentației de atribuire.

Asocierea - a întocmit oferta cu asumarea integrală și explicită a legislației aplicabile, a cerințelor autorității contractante privind propunerea financiară.

Contestatorul susține că în interpretarea art. 78 din Legea nr. 448/2006, nu se identifică elemente de cost care să stea la fundamentarea tarifului ofertat, ci elemente ale managementului riscului de contract. În procesul de selecție, recrutare, instruire a personalului de pază, departamentul de resurse umane se ghidează conform legislației specifice serviciilor de pază și protecție fără a discrimina și respectând inclusiv legislația menționată anterior care permite unor categorii de personal cu dizabilități, aflate sub incidența Legii nr. 448/2006, actualizată, să-și desfășoare activități de pază și protecție care fac și obiectul serviciilor solicitate de DIRECȚIA SILVICĂ

Având în vedere cele prezentate, contestatorul apreciază că includerea în documentul de fundamentare a acestei contribuții la fondul de handicap, conform art. 78 din Legea nr. 448/2006, fără a ține seama de întregul conținut al acestui articol, care face referire la un proces de angajare, este o formă de discriminare.

Față de toate considerentele de fapt și de drept prezentate, solicită admiterea contestației formulate și, pe cale de consecință, reevaluarea ofertelor.

În drept, își întemeiază contestația pe prevederile Legii nr. 101/2016 actualizată, Legea nr. 98/2016 actualizată, Legea nr. 448/2006 modificată și completată prin Legea nr. 193/2020, pe cerințele prevăzute în caietul de sarcini și în documentația de atribuire, precum și toate textele legale invocate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 7940/09.09.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 38512/09.09.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de Asocierea -

Autoritatea contractantă precizează că în urma emiterii Deciziei CNSC nr. 1413/C1/1456 din 13.08.2020 a fost obligată „să reevalueze ofertele cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării prezentei.”

În considerentele acestei decizii se menționează începând cu paragraful 5 din pag. 8 următoarele: „(...) Consiliul apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit să procedeze anterior finalizării evaluării ofertelor, la solicitarea de clarificări în sensul stabilirii exacte a numărului real de angajați, acest lucru fiind posibil prin solicitarea extrasului REVISAL pentru a stabili cu exactitate suma aferentă acestei contribuții (fondul de handicap) cât și veridicitatea și fezabilitatea propunerii financiare depuse (...)”.

Prin urmare, autoritatea contractantă susține că a avut obligația de a verifica modalitatea de constituire și de îndeplinire a asigurării fondului de handicap.

Acest lucru a însemnat ca autoritatea contractantă să se întemeieze pe motivarea deciziei CNSC și pe toate normele legale în materie privind fondul ce trebuie plătit de angajator pentru persoanele cu handicap.

Autoritatea contractantă învederează Consiliului faptul că, prin fișa de date, la secțiunea „Legislația aplicabilă” (pag. 4) li s-a pus în vedere ofertanților să fie respectate orice alte acte normative aplicabile.

Comisia de evaluare a analizat oferta ținând cont și de prevederile Instrucțiunii pentru aplicarea art. 78 din Legea nr. 448/2006 adoptată prin Ordinul nr. 590/2008 al ANPH și a luat în calcul faptul că existau persoane cu grad de handicap angajate cu normă parțială potrivit rapoartelor per salariat depuse de contestator, în urma solicitării acestora de către autoritatea contractantă.

Astfel, a reieșit faptul că, în calculul ofertantului în cauză, angajații cu normă parțială au fost asimilați ca și cum ar fi fost încadrați cu normă întreagă, ceea ce contravine art. 2 alin (3) din Instrucțiunea mai jos redată.

„Art. 2 alin. (3) - Salariații care nu sunt angajați cu normă întreagă vor fi incluși în numărul mediu proporțional cu timpul de lucru prevăzut în contractul individual de muncă”.

În concluzie, consideră că procedându-se în acest fel, fondul de handicap și implicit prețul ofertei nu sunt legal determinate.

În aceste condiții solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 1999/11.09.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 39010/11.09.2020, Asocieria - a depus concluzii scrise față de punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul precizează că în mod corect și legal nu a introdus în oferta financiară costuri cu fondul de handicap conform prevederilor art.

78 alin. (3) din Legea nr. 448/2006, actualizată, deoarece atât la momentul depunerii ofertei, cât și în prezent, societățile ce compun asocierea nu au această obligație fiscală, întrucât acestea au angajat persoane cu handicap, conform prevederilor alin. (2) din legea mai sus menționată, ceea ce înseamnă că oferta sa a fost corect determinată și că și-a însușit în totalitate cerințele din documentația de atribuire.

Edificator în acest sens, consideră că este și punctul de vedere oficial al Inspectoratului Teritorial de Muncă privind norma de încadrare a persoanelor cu handicap, pe care l-a transmis odată cu depunerea contestației.

Contestatorul susține că, așa cum a precizat, are angajate persoane cu handicap, conform legii, însă nu este obligatoriu ca aceste persoane să fie încadrate în funcții de pază.

Arată că agenții de securitate alocați pentru asigurarea serviciilor de pază necesare Direcției Silvice nu fac parte dintre persoanele cu handicap. Din acest motiv, societățile asociate și nu au inclus în fundamentarea prețului din propunerea financiară aspectele prevăzute de Legea nr. 448/2006 art. 78 alin. (3).

În acest sens, contestatorul invocă decizia CNSC nr. 367/C6/215/291/12.02.2018 prin care se arată că autoritatea contractantă trebuia să solicite documente din care să rezulte clar numărul total de angajați la data depunerii ofertei, numărul persoanelor angajate la departamentul TESA, precum și acte din care să rezulte încadrarea acestora din urma în categoria persoanelor cu dizabilități, având în vedere că pentru derularea viitorului contract societățile asociate au alocat agenți de securitate care nu fac parte dintre persoanele cu handicap, în conformitate cu prevederile Legii nr. 53/2003 - Codul Muncii, corelat cu programul orar de asigurare a pazei și cu normele pentru stabilirea salariului, conform HG nr. 935/2019.

Reiterează faptul că societățile asociate au făcut dovada îndeplinirii prevederilor legale de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de salariați, prin documentele depuse la dosarul achiziției; Prin urmare consideră că a întocmit oferta cu asumarea integrală și explicită a legislației aplicabile, a cerințelor autorității contractante privind propunerea financiară.

Din acest motiv, față de toate considerentele de fapt și de drept prezentate, solicită admiterea contestației formulate și, pe cale de consecință, să se dispună reevaluarea ofertelor prin reconsiderarea propunerii tehnico-financiare a ofertantului clasat pe locul I, anularea raportului procedurii și stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile conform criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă vând ca obiect atribuirea contractului pentru: „.....”, cod CPV 79713000-5, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1020518/16.04.2020. Criteriul de atribuire ales este: prețul cel mai scăzut.

Anterior, pe rolul Consiliului a fost depusă contestația nr. 270/20.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 29139/21.07.2020 formulată de împotriva raportului procedurii nr. 6445/16.07.2020 și a adresei nr. 6452/ 16.07.2020 de comunicare a rezultatului procedurii, emise de către, în calitate de autoritate contractantă, solicitând reevaluarea ofertei depusă de Asocierea -, în sensul verificării dacă în tariful propus, ofertantul a inclus cuantumul contribuției privind fondul de handicap în conformitate cu dispozițiile art. 78 din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap.

Contestația mai sus menționată a fost soluționată prin Decizia nr. **1413/C1/1456/13.08.2020**, în sensul:

„Admite contestația formulată de în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare”.

Decizia Consiliului nr. 1413/C1/1456/13.08.2020 nu a fost atacată cu plângere devenind definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

În cadrul contestațiilor care face obiectul prezentei, ...și solicită anularea rezultatului și a raportului procedurii emis de autoritatea contractantă urmare a reevaluării efectuate, motiv pentru care Consiliul urmează să soluționeze contestațiile formulate verificând modalitatea în care a pus în aplicare autoritatea contractantă măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 1413/C1/1456/ 13.08.2020, definitivă și irevocabilă prin neatacarea cu plângere.

Analizând mai întâi contestația formulată de SC SMB SRL, Consiliul reține că în urma reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei acestuia ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, pe motiv că nu au fost depuse certificatele fiscale eliberate de autoritățile locale aferente sediilor secundare și punctelor de lucru menționate în certificatele eliberate de ONRC, nici pentru nici pentru subcontractantul acestuia, astfel cum s-a solicitat în secțiunea III.1.1.a. din Fișa de date a achiziției.

Raportat la acest aspect, Consiliul reține că potrivit, secțiunii III.1) din Fișa de date, la „*Condiții de participare*”, s-a impus următoarea cerință minimă de calificare:

„Operatorii economici nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 59 - 60, art. 164 - 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. NOTĂ: cerința trebuie îndeplinită de către toți participanții la procedură (în calitate de ofertant unic, ofertant asociat, terț susținător sau subcontractant)”.

Modalitatea de dovedire a cerinței de calificare anterior menționată a fost stabilită în fișa de date astfel:

„Declarația DUAE completată separat de fiecare dintre participanți (în calitate de ofertant unic, ofertant asociat, terț susținător sau subcontractant). Când va primi o solicitare în acest sens, ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor (împreună cu asociații, terți susținători și subcontractanții săi, după caz) va depune următoarele documente justificative:

a) Certificat fiscal emis de ANAF care să ateste lipsa datoriilor restante și care să fie valabil la momentul depunerii.

b) Certificat taxe și impozite locale care să ateste lipsa datoriilor restante și care să fie valabil la momentul depunerii.

NOTĂ : În situația existenței mai multor puncte de lucru, CERINȚA PRIVIND TAXELE SI IMPOZITELE LOCALE SE VA APLICA PENTRU TOATE SEDIILE SI PUNCTELE DE LUCRU PENTRU CARE EXISTA OBLIGAȚII DE PLATA. Dacă în Certificatul constatator eliberat de ONRC apar mai multe sedii și puncte de lucru, aferent fiecărei localități **se va depune certificat fiscal sau, în cazul în care nu există obligații de**

plată, se va depune declarație pe propria răspundere din care rezultă acest lucru” .

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina operatorilor economici să demonstreze la solicitarea comisiei de evaluare îndeplinirea obligațiilor privind plata contribuțiilor la bugetul de stat/local prin depunerea certificatelor fiscale de la toate sediile și punctele de lucru aferente fiecărei localități, din care să rezulte că la momentul prezentării ofertelor nu aveau astfel de datorii restante.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv. Prin necontestarea în termenul legal, prevederile anterior menționate ale documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Ținând seamă de prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră: *„înainte de atribuirea contractului de achiziție publică (...), autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE (...)”*, autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa postată în SEAP în data de 24.08.2020 (pag. 000303 din dosarul

achiziției), prin care a cerut acestuia transmiterea până la data de 27.08.2020 a următoarelor documente: „*Veți depune în SEAP documentele ce susțin îndeplinirea DUAE pentru dvs. și subcontractantul dvs. respectiv: **certificate fiscale ANAF, certificate fiscale locale, caziere judiciare, certificatele ORC, licența de funcționare (...)** Atenționăm asupra art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 actualizată”.*

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă a solicitat contestatorului în mod expres transmiterea documentelor prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție (certificatele fiscale ANAF, certificatele fiscale locale de la toate sediile și punctele de lucru aferente fiecărei localități, astfel cum sunt înscrise în certificatul constatator emis de O.R.C) prin care să demonstreze că nu există obligații de plată, acesta a ales prin manifestarea propriei voințe să transmită comisiei de evaluare (vezi adresa nr. 323/26.08.2020, pag. 000304-000315 din dosarul achiziției) doar certificatele fiscale de la domiciliul fiscal, (certificatul de atestare fiscală emis de ANAF cu nr. 11566/30.07.2020 și certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozite, taxe locale și alte venituri datorate la bugetul local, emis de Consiliul local al municipiului cu nr.102831/25.08.2020), fără a transmite și certificatele fiscale aferente sediilor și punctelor de lucru de la nivelul fiecărei localități, astfel cum sunt înscrise în certificatul constatator emis O.R.C.

Consiliul va reitera faptul că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în cadrul ofertei sale sau a răspunsului la solicitările de clarificări a documentelor solicitate de către autoritatea contractată potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire care sunt criteriile de calificare și selecție iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt documentele necesare în vederea demonstrării acestora și sancțiunea pentru nedepunerea acestor documente.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „*Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine **sarcina de a respecta cu strictete criteriile** pe care ea însăși*

le- a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013,

Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6

noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctele

42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum

s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă

are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a

*stabilit” și a precizat că: „această considerație este cu atât mai importantă cu cât **miza este excluderea** din procedură”.*

În aceste condiții, contrar susținerilor contestatorului, comisia de evaluare nu avea dreptul să reitereze solicitarea de depunere a documentelor justificative care să ateste lipsa datoriilor restante la bugetul de sta/local, având în vedere că un astfel de demers ar constitui avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 conform cărora: „În cazul în care comisia de evaluare

solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins în mod corect oferta contestatorului, criticile acestuia privind modalitatea de evaluare a ofertei sale urmând a fi respinse ca nefondate.

În ceea ce privește însă criticile formulate de Asocieria
- cu privire la reevaluarea ofertei sale, Consiliul urmează să le admită, având în vedere considerentele ce urmează.

Astfel, în soluționarea prezentei, Consiliul a ținut seamă de aspectele reținute și dispuse prin Decizia CNSC nr. 1413/C1/1456/13.08.2020 cu privire la oferta contestatorului, relevante fiind următoarele:

„Din tabelul privind devizul justificativ al prețului unitar, Consiliul reține că a menționat la rubrica „Alte cheltuieli (echipament, alte cheltuieli administrative), fond de handicap, monitorizare și intervenție rapidă cu echipaje mobile, indirecte, etc”, suma de **53,11 lei**, la rubrica „Mod de calcul”, menționând „La data licitației în cadrul societății sunt angajate **un număr de 414 persoane**, rezultă $414 \text{ persoane} \times 4 \% = 16,56 \text{ persoane}$ cu handicap necesare. La data licitației, în cadrul societății sunt angajate un număr de **9 persoane cu handicap**, reprezentând 54,345 din necesarul de persoane cu handicap necesare a fi angajate, rezultă astfel că pentru contribuția la fondul de handicap, societatea noastră ar avea obligația să plătească un procent de 45,66 din necesarul de 4% ($100\% - 54,34\% = 45,66\%$)”.

Din devizul justificativ mai sus menționat, Consiliul reține că, pe de o parte nu rezultă care este suma aferentă fondului de handicap din suma de 53,11 lei , în condițiile în care ofertantul a inclus în această sumă toate cheltuielile directe și indirecte pe care le implică derularea contractului, iar pe de altă parte calculul contribuției pentru acest fond s-a făcut prin raportare la un număr de 414 persoane angajate, în condițiile în care informațiile publice disponibile pe site-ul Ministerului de Finanțe (www.mfinante.gov.ro) indică faptul că, acest operator avea conform bilanțului pe anul 2019, un număr mediu de 697 angajați.

Este adevărat că, relevant în calculul contribuției la fondul de handicap este numărul de angajați la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 22.05.2020, astfel cum susține autoritatea contractantă. Pe de altă parte, tocmai acesta ar fi fost rolul clarificărilor, respectiv de a lămuri anumite elemente ale ofertei financiare a Asocierii - respectiv de a verifica sustenabilitatea acesteia, la care ofertantul în cauză avea obligația de a se conforma și să o trateze cu maximă competență și diligență. Prin urmare, Consiliul

apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit să procedeze anterior finalizării evaluării ofertelor, la **solicitarea de clarificări în sensul stabilirii exacte a numărului real de angajați, acest lucru fiind posibilă prin solicitarea extrasului REVISAL pentru a stabili cu exactitate suma aferentă acestei contribuții cât și veridicitatea și fezabilitatea propunerii financiare** depuse, astfel încât să aibă certitudinea că oferta desemnată câștigătoare este una reală, fermă și acoperă toate cerințele documentației de atribuire”.

În considerarea celor reținute mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a solicitat contestatorului prin adresa postată în SEAP la data de 18.08.2020 (pag. 000047 din dosarul achiziției) următoarele:

- clarificarea calculației fondului de handicap (lei/oră) de unde să rezulte suma aferentă acestuia ce a fost inclusă în „alte cheltuieli”;
- extras Revisal de unde să rezulte cu exactitate numărul real de angajați la data de 22.05.2020;
- certificatele persoanelor cu handicap angajate la data de 22.05.2020 și extrasul Revisal aferent situației acestora.

..... a răspuns solicitării prin adresa fără număr (pag. 000048 - 000157 din dosarul achiziției) prin care a clarificat calculația fondului de handicap, valoarea aferentă acestuia fiind de 40,72 lei din 53,11 lei și a anexat în susținerea ofertei următoarele:

- Extras Revisal de unde rezultă că numărul real de angajați la data generării extrasului este de 414 salariați;
- Certificatele celor 9 persoane cu handicap angajate și extrasul Revisal aferent acestor persoane.

Ținând seamă de clarificările și documentele transmise, Consiliul apreciază că ofertantul în cauză a lămurit elementele financiare solicitate a fi clarificate, demonstrând numărul real de salariați precum și persoanele cu handicap angajate.

Consiliul nu poate reține motivul de respingere invocat de autoritatea contractantă, potrivit căruia: „Comisia de evaluare a ținut cont și de prevederile Instrucțiunii pentru aplicarea art. 78 din Legea nr. 448/2006 adoptată prin Ordinul nr. 590/2008 al ANPH și a luat în calcul faptul că existau persoane cu handicap angajate cu normă parțială potrivit rapoartelor per salariat depuse de contestatoare”, fiind invocat ca temei art. 2 alin. (3) din ordinul mai sus menționat care prevede: „Salariații care nu sunt angajați cu normă întreagă vor fi incluși în numărul mediu proporțional cu timpul de lucru prevăzut în contractul individual de muncă”, deoarece dispozițiile art. 78 din Legea nr. 448/2006 astfel cum a fost modificată și completată prin Legea nr. 193/2020, stabilește doar obligativitatea persoanelor juridice care au cel puțin 50 de salariați de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de angajați, fără a fi condiționată angajarea acestora de norma de lucru, (normă întreagă sau fracțiune de normă), relevant fiind în acest sens și adresa emisă de Inspectoratul Teritorial de Muncă – cu nr. 12854/07.09.2020 (pag. 000005 din dosarul achiziției).

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de stabilire a ofertelor admisibile, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale financiare sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de în contradictoriu autoritatea contractantă

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de în contradictoriu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei acestuia cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de în contradictoriu autoritatea contractantă

Admite contestația formulată de în contradictoriu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii - cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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 5 (cinci) exemplare originale, conține 18 (optsprezece) pagini.