CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 23 și ale art. 27 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...
Data: .....

Prin contestația nr. 1600/19.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 54187/19.12.2017, formulată de S.C ...S.R.L., cu sediul social în ... și adresă de corespondență în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ... în calitate de administrator, împotriva comunicării privind rezultatul procedurii nr. 32082/11.12.2017, document emis în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără fază finală de licitație electronică a acordului-cadru de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de pază”, cod CPV 79713000-5 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ...-Napoca, str. ...., județul ..., s-au solicitat următoarele: anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. 32082/11.12.2017, a răspunsului la notificarea prealabilă nr. 32877/18.12.2017 și a celorlalte acte subsecvente precum și anularea procedurii.

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

În susținerea contestației sale, S.C ...S.R.L. arată că prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă nu a răspuns criticilor sale, ci a prezentat o înșiruire a prevederilor Codului muncii și a OUG nr. 60/2017 precum și unele calcule nerelevante în speță, la acest moment.

Contestatoarea critică faptul că, în urma aplicării Deciziei CNSC nr. .... și a reevaluării ofertelor clasate pe locurile 1 – 6, s-a schimbat natura conformității ofertei sale, devenind din ofertă conformă, la data de 04.10.2017, ofertă neconformă, așa cum se arată în comunicarea rezultatului procedurii nr. 32082/11.12.2017, pentru neplata sporului de

salariu obligatoriu pentru zilele de sâmbătă și duminică și neplata indemnizației pentru concediu de odihnă.

Contestatoarea formulează critici și cu privire la oferta declarată câștigătoare pentru un tarif de 12,77 lei/oră/post, considerând că, începând cu 01.01.2018, timp de un an de zile, nu se vor respecta prevederile salariale întrucât, la 11,40 lei/oră stabilit prin HG nr. 864/2017, comisia ar trebui să reevalueze dacă mai „încap" sporurile cerute „cu atâta insistență și, uneori fără bază legală".

În aceste condiții, contestatoarea susține că este necesară anularea acestei proceduri până la încadrarea strictă în prevederile legale, pe de o parte, datorită faptului că „nu este permisă ajustarea prețului contractului, conform punctului II.4.1 din fișa de date" iar pe de altă parte, deoarece „la aceasta oră, nici un ofertant nu mai are depusă garanția de participare validă (...)".

În dovedire, S.C ...S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 54494/... .../20.12.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele emise/întocmite de aceasta ulterior emiterii Deciziei Consiliului nr. 2963/.../3659/3688/09.11.2017, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, inclusiv corespondența purtată cu ofertanții prin intermediul SEAP, precum și dovezi privind publicarea contestației în SEAP și transmiterea punctului de vedere către contestatoare.

Prin adresa nr. 33530/27.12.2017, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 55235/27.12.2017, autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestația formulată de S.C ...S.R.L., combătând punctual criticile contestatoarei și solicitând respingerea acesteia ca nefondată și susținând că reprezentarea stării de fapt a contestatoarei este eronată, fără obiect și neconformă cu realitatea și că, în mod eronat, autoarea contestației susține că nu s-ar fi respectat dispozițiile legislației achizițiilor publice cu privire la modul de desfășurare al procedurii.

Prin adresele nr. 2219/... .../16.01.2018 și nr. 2220/... .../ 16.01.2018, comunicate prin fax și prin mijloace electronice (e-mail), Consiliul a pus în discuția părților, din oficiu, excepția lipsei calității procesuale active a contestatoarei S.C ...S.R.L., motivat de faptul că aceasta nu și-a prelungit nici perioada de valabilitate a ofertei și nici pe cea a garanției de participare, acestea încetând la data de 13.11.2017 și, respectiv, 13.12.2017, așa cum reiese din documentele aflate la dosarul cauzei, și având în vedere dispozițiile art. 35 alin. (3) lit. b) coroborat cu art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 1213/17.01.2018, comunicată prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 2480/17.01.2018, autoritatea contractantă a răspuns solicitării CNSC cu privire la excepția lipsei calității procesuale active a contestatoarei S.C ...S.R.L., solicitând admiterea acesteia, cu consecința respingerii contestației, motivat de faptul că, perioada de valabilitate a ofertei a încetat la data de

13.11.2017 iar cea a garanției de participare a încetat la data de 13.12.2017.

Prin adresa nr. 110/18.01.2018, comunicată prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 2529/18.01.2018 contestatoarea a formulat un punct de vedere cu privire la excepția lipsei calității procesuale active, invocată de Consiliu, susținând că, într-adevăr, perioada de valabilitate a ofertei, dar și a garanției de participare au încetat la 13.11.2017, respectiv 13.12.2017, precizând, însă, că în această situație se află toți participanții la procedură și, din acest motiv, a solicitat anularea acestei proceduri până la încadrarea in prevederile legale.

Contestatoarea solicită Consiliului să constate că, în ipoteza în care, la data de 19.12.2017, aceasta nu mai avea calitatea de ofertant, totuși, „nu ne-am pierdut calitatea cerută în mod imperios de prev. art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și că autoritatea contractantă ne-a vătămat în interesul nostru legitim la această procedură, refuzând să remedieze erorile semnalate și descalificând, fără temei legal, oferta subscrisei clasată pe locul întâi".

Contestatoarea reiterează solicitarea sa de anulare a procedurii de atribuire, considerând că, aceasta ar soluționa toate erorile pe care le-a comis autoritatea contractantă și, în plus, ar permite încadrarea procedurii în impactul major generat de modificările legislative introduse prin Ordonanța de Urgență nr. 79/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal și, respectiv, a HG nr. 846/2017 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Pentru soluționarea contestației Consiliul a atașat prezentei cauze dosarele nr. 3659/2017 și nr. 3688/2017.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază", cod CPV 79713000-5, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..../29.08.2017, stabilind data limită de depunere a ofertelor la .... ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut" și valoarea estimată, fără TVA, cuprinsă între 2.987.160 – 3.122.940 RON.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 11 operatori economici, aspect consemnat în „procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor" înregistrat sub nr. 21314/14.09.2017. Una dintre ofertele depuse a fost respinsă ca urmare a faptului că nu a depus niciun document în SEAP. După evaluarea ofertelor și aplicarea criteriului de atribuire autoritatea contractantă a stabilit următorul clasament, consemnat atât în procesul verbal nr. 5, înregistrat sub nr. 23602/03.10.2017, cât și în raportul procedurii de atribuire înregistrat sub nr. 23790/04.10.2017:

- locul 1 – SC ...SRL - 10,98 lei/oră/post (valoare totală a ofertei – 2.212.25,4 lei, fără TVA);

- locul 2 – SC ...SRL - 11,45 lei/oră/post (valoare totală a ofertei – 2.306.946 lei, fără TVA);
- locul 3 – SC ...SRL – 12,27 lei/oră/post (valoare totală a ofertei – 2.472.159,6 lei, fără TVA);
- locul 4 – SC ...SRL – 12,44 lei/oră/post (valoare totală a ofertei 2.506.411,2 lei);
- locul 5 – SC ...SRL - 12,60 lei/oră/post (valoare totală a ofertei – 2.538.648 lei, fără TVA);
- locul 6 – SC ...SRL – 12,77 lei/oră/post (valoare totală a ofertei – 2.572.899,6 lei, fără TVA);
- locul 7 – SC ...SRL – 13,24 lei/oră/post (valoare totală a ofertei – 2.667.595,2 lei, fără TVA);
- locul 8 – SC ...SRL – 13,87 lei/oră/post (valoare totală a ofertei – 2.794.527,6 lei, fără TVA).

Rezultatul procedurii a fost comunicat ofertanților prin adresa nr. 23807/04.10.2017. Nemulțumiți de acest rezultat, ofertanții SC ...SRL și SC ...SRL au depus contestațiile care au format obiectele dosarelor nr. 3659/2016 și nr. 3688/2017.

Prin Decizia nr. 2963/.../3659/3688/09.11.2017, Consiliul a soluționat cele două contestații și a dispus următoarele:

„Admite contestația formulată de SC ...SRL (Dosar nr. 3659/2017), în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, anulează, în parte, procesul verbal nr. 5 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la aplicarea criteriului de atribuire și la ofertele clasate în clasamentul provizoriu pe locurile 1-6. Obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea acestor oferte conform celor reținute în motivare.

Respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de SC ...SRL (Dosar nr. 3688/2017)”.

Decizia nu a fost atacată cu plângere la instanța competentă de niciuna dintre părți astfel că și-a dobândit caracterul definitiv și obligatoriu.

Autoritatea contractantă a pus în aplicarea decizia Consiliului și a stabilit noul rezultat al procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 32081/11.12.2017, potrivit căruia oferta declarată câștigătoare este cea depusă de SC ...SRL, în timp ce oferta depusă de SC ...SRL a fost declarată neconformă și respinsă.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, comunicat prin adresa nr. 32082/11.12.2017, ofertantul SC ...SRL a depus contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Atașat contestației, autoritatea contractantă a depus dovada respectării prevederilor art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv notificarea prealabilă nr. 1573/14.12.2017, precum și răspunsul la notificarea prealabilă, înregistrat sub nr. 32877/18.12.2017, prin care autoritatea contractantă precizează că întregul proces de analiză financiară s-a desfășurat cu respectarea tuturor prevederilor cuprinse în legislația de specialitate.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția, invocată din oficiu, privind lipsa calității procesuale active a contestatoarei în formularea prezentei contestații.

Analizând conținutul fișei de date a achiziției, pct. III.3.1, rezultă că perioada de valabilitate a garanției de participare trebuia să fie cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, iar din conținutul pct. IV.3.7), rezultă că termenul de valabilitate a ofertei a fost stabilit la o perioadă de „90 zile" de la termenul limită de primire a ofertelor (aspect reiterat în cadrul clarificării nr. 20865/11.09.2017).

Din conținutul documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

- potrivit formularului de ofertă rezultă că ofertantul contestator a declarat, la pct. 3, următoarele: „Ne angajăm să menținem această ofertă valabilă (...) respectiv până la data de **13.11.2017**".

- potrivit poliței de asigurare de garanție necondiționată pentru participarea la procedura de atribuire depusă de acest ofertant, nr. 0164135/07.09.2017, emisă de SC CERTASIG – SOCIETATE DE ASIGURARE ȘI REASIGURARE SA, și a actului adițional la aceasta, garanția de participare a fost valabilă până la **12.12.2017**.

Față de aspectele mai sus reținute, Consiliul apreciază că în cauză au incidență următoarele prevederi legale:

- art. 124 din HG nr. 395/2016, care stipulează că

„(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant.

(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare şi în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.

(3) Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza şi evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire";

- art. 131 din același act normativ, care stipulează că „*Modul de lucru al comisiei de evaluare este stabilit de comun acord între membrii acesteia, urmând a se avea în vedere calendarul estimativ de aplicare a procedurii de atribuire şi perioada solicitată pentru valabilitatea ofertelor*".

Având în vedere textele legale mai sus menționate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă are obligația să solicite ofertanților prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire.

Pe de altă parte, participanții la procedură trebuie să depună toate diligențele pentru a-și conserva calitatea de participant la procedură,

inclusiv prelungirea periodică a garanțiilor de participare la licitație și a valabilității ofertelor.

În speță, așa cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei, valabilitatea ofertei depusă de către contestatoare în cadrul prezentei proceduri de atribuire a încetat la data de 14.11.2017 și cea a garanției de participare la 13.12.2017, iar contestatoarea nu a înțeles să prelungească valabilitatea acestora.

Consiliul apreciază că această chestiune a valabilității ofertei este prioritară în analiză deoarece în situația în care ofertantul nu prelungește oferta și garanția de participare, astfel încât acestea să fie valabile pe toată durata procedurii de atribuire, operatorul economic pierde în acest fel dreptul de a-i mai fi atribuit contractul. Ofertantul devine străin de procedură, nemaiavând posibilitatea de a încheia contractul care formează obiectul procedurii de atribuire. Astfel, împlinirea termenului ofertei atrage caducitatea acesteia, iar ofertantul titular pierde dreptul de a fi desemnat câștigător ca urmare a pierderii calității de participant la procedură.

Întrucât legislația în vigoare face referire la „prelungirea ofertelor", se impune ca acestea să fie valabile la momentul de referință al „prelungirii". Depunerea unei noi oferte nu poate conduce la acoperirea viciului dat de „neprelungire", fiind vorba de un act străin de oferta inițial depusă. Astfel, în speță, toate prelungirile ofertelor sunt acte adiționale ale ofertei inițiale. O eventuală admitere a contestației formulată de SC ...SRL nu ar putea repune contestatoarea în situația de ofertantă în această procedură de atribuire deoarece nu ar putea fi prelungită oferta și garanția de participare care sunt deja expirate, iar lipsa prelungirii documentelor în discuție, în perioada lor de valabilitate, face dovada încetării calității de ofertant, care nu mai poate avea interes în continuarea procedurii neavând o ofertă valabilă.

Pe de altă parte, chiar și în situația ipotetică în care contestația ar fi admisă, nu ar mai exista posibilitatea semnării contractului atâta timp cât oferta nu mai este valabilă, o atitudine contrară însemnând încălcarea legislației în vigoare în materia achizițiilor publice.

În aceste condiții, lipsa de calitate procesuală activă și, în consecință, lipsa de interes a contestatoarei, demonstrează lipsa calității de persoană vătămată, în speță nefiind îndeplinite condițiile impuse prin art. 32 din Codul de procedură civilă potrivit cărora „*Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia: (…) b) are calitate procesuală (...); d) justifică un interes*".

Consiliul constată că, în speță, sunt incidente și următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „*Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau*

a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi";

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia „*În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

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

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

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritatea contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al entității contractante.

Deși nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic **imediat** pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum şi critici ca cele de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi **actual,** solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire neputând fi reținută ca reprezentând un interes imediat și actual ci unul mediat.

De altfel, în acest sens s-au pronunțat în spețe similare și Curtea de Apel ... – Secția a-II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal prin decizia civilă nr. 8772/2012/31.10.2012 (dosar nr. 1138/33/2012), precum și Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal prin decizia civilă nr. 1658 din 22 noiembrie 2011.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată din oficiu și va respinge contestația formulată de SC ...SRL, ca introdusă de o persoană fără calitate procesuală activă.

Date fiind aspectele reținute, Consiliul nu se poate pronunța cu privire la fondul cauzei, însă nimic nu împiedică autoritatea contractantă să verifice aspectele sesizate de contestatoare și să decidă având în vedere principiului asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată din oficiu privind lipsa calității procesuale active a contestatoarei și respinge contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, ca introdusă de o persoană fără calitate procesuală activă.

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

PREȘEDINTE COMPLET

....

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

... **....**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 8 pagini.