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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 613/26.11.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 49144/26.11.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI RO..., formulată împotriva comunicării nr. 7680/21.11.2018, emisă de ..., cu sediul în București, Aleea Alexandru nr. 45, sectorul 1, în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Servicii de pază - ... - 2018-2020", s-a solicitat Consiliului admiterea contestației, anularea comunicării nr. 7680/21.11.2018 și a actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 3211/26.11.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 49334/27.11.2018, depusă de SC ... SRL, cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO..., formulată împotriva rezultatului procedurii, emis de ..., în cadrul procedurii menționată anterior, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației, așa cum a fost formulată, și obligarea autorității contractante să ia măsuri de remediere, constând în:

- anularea adresei nr. 7673/21.11.2018, a deciziei de respingere a ofertei SC ... SRL, a proceselor-verbale intermediare și a tuturor actelor subsecvente;

- reevaluarea ofertei SC ... SRL, conform cerințelor documentației de atribuire și a prevederile legale, și declararea acesteia conformă și acceptabilă;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor privind consultanța juridică necesară întocmirii notificării/contestației, în sumă de 8.000 lei, la care se adaugă TVA.

Prin adresa nr. 5059/03.12.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50148/03.12.2018, SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., depune „Cerere de intervenție voluntară în litigiu”, solicitând: respingerea contestației înaintată de SC ... SRL, ca nefondată, și menținerea rezultatului procedurii referitor la acest ofertant, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate cu prezentul demers juridic.

Prin adresa nr. 5060/03.12.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50197/04.12.2018, SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., depune „Cerere de intervenție voluntară în litigiu”, solicitând: respingerea contestației înaintată de SC ... SRL, ca nefondată, și menținerea rezultatului procedurii referitor la acest ofertant, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate cu prezentul demers juridic.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

1. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL, în calitate de ofertant, critică nelegalitatea și nejustificarea rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 7680/21.11.2018, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, motivat de faptul că: „Urmare a verificării/analizării a documentelor privind îndeplinirea DUAE comisia de evaluare a solicitat ofertantului SC ... SRL în conformitate cu art. 196 alin (2) și (3) din Legea 98/2016, să prezinte, până la data de 19.11.2018 documente justificative actualizate lipsă, respectiv, dovada privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat), așa cum a fost asumată prin DUAE de către operatorul economic SC ... SRL, în calitate de subcontractant), prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor

criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE”.

Referitor la acest aspect, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a indicat care cerință prevăzută în fișa de date nu a fost respectată și că motivul care a stat la baza respingerii ofertei sale nu se regăsește ca cerință în cadrul documentației de atribuire, având în vedere că, în fișa de date achiziției, la secțiunea III.1) Condiții de participare III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, cerința nr 1, s-au solicitat documentele privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general doar ofertantului clasat pe primul loc, nu și subcontractanților propuși în cadrul ofertei depuse.

În acest sens, petenta arată că, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ofertantul este obligat să întocmească oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, verificarea ofertei, de către comisia de evaluare făcându-se, în mod obligatoriu, doar pe baza respectivei documentații care a fost postată în SEAP, pentru a putea fi respectate principiile transparenței, tratamentului egal și a celorlalte, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatoarea precizează că, în comunicarea nr. 7680/21.11.2018, autoritatea contractantă nu precizează ce normă legală a fost încălcată de către aceasta.

Contestatoarea menționează că, potrivit art. 170 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, subcontractantul este obligat să prezinte o declarație pe proprie răspundere în ceea ce privește situațiile de excludere din cadrul procedurii, fără a se preciza ca acesta să prezinte anumite documente relevante în acest sens. Astfel, petenta susține că a îndeplinit cerința prevăzută de art. 170 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, depunând adresa nr. 589/14.11.2018 și declarația privind neîncadrarea în art. 165 din Legea nr. 98/2016 pentru subcontractantul propus în cadrul ofertei, respectiv, SC ... SRL.

Totodată, precizează petenta, autoritatea contractantă, prin cele două solicitări postate în SICAP, în data de 12.11.2018 și data de 16.11.2018, solicită documentele ofertantului SC ... SRL, clasat pe primul loc, fără a face referire și la subcontractantul propus de acesta, iar, prin adresa nr. 589/14.11.2018, s-au transmis în SICAP toate documentele prevăzute în fișa de date a achiziției.

Conform opiniei contestatoarei, chiar și în situația în care autoritatea contractantă ar fi solicitat, prin fișa de date, prezentarea de către subcontractanți a documentelor privind situația taxelor și impozitelor, conform art. 170 alin.(3), aceasta avea posibilitatea de a solicita ofertantului înlocuirea, o singura dată, a subcontractantului propus și nu declararea ofertei depuse ca inacceptabilă. Nici Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016 privind achizițiile publice, nu prevăd obligativitatea, în sarcina subcontractanților propuși, de a prezenta documente justificative privind lipsa datoriilor la bugetul de stat, ci doar o declarație pe proprie răspundere în acest sens.

Având în vedere cele prezentate, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 50 alin. (2), dezavantajând-o în mod nejustificat.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile Legii nr 101/2016, Legii nr. 98/ 2016 și HG nr. 395/2016.

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

Prin adresa nr. 5059/03.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 50148/03.12.2018, SC ... SRL, a cărei ofertă, în urma evaluării tehnice și financiare, a fost declarată admisibilă, depune „Cerere de intervenție voluntară în litigiu”, solicitând: respingerea contestației înaintată de SC ... SRL, ca nefondată, și menținerea rezultatului procedurii referitor la acest ofertant, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate cu prezentul demers juridic, pentru următoarele considerente:

Intervenienta consideră că, în mod corect comisia de evaluare a apreciat răspunsul SC ... SRL ca fiind neconcludent, oferta acestuia fiind inacceptabilă potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, având în vedere că, în considerarea prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ofertantul trebuia să prezinte toate documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați, certificatul de atestare fiscală prezentat pentru operatorul economic SC ... SRL fiind în afara perioadei de valabilitate. De asemenea, prezentarea, în urma solicitării de clarificări, potrivit prevederilor art. 196 din Legea nr. 98/2016, a unui alt subcontractant, altul decât cel prezentat în DUAE, reprezintă un răspuns neconcludent.

SC ... SRL apreciază ca netemeinică și nelegală contestația formulată de SC ... SRL, deoarece:

- în mod greșit contestatoarea a apreciat faptul că solicitarea de clarificări înaintată este neconformă cu legea, motivat de faptul că documentele justificative, solicitate de către comisa de evaluare, care să ateste dovada lipsei datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, așa cum a fost asumată prin DUAE de către SC ... SRL, pot fi solicitate doar ofertantului și nu și subcontractanților propuși;

- critica nu poate fi analizată de către CNSC, atâta timp cât aceasta este tardiv formulată, solicitare de clarificări criticată fiind publicată în SEAP în data de 12.11.2018, fiind astfel încălcate prevederile art. 8 alin. (1) Legea nr. 101/2016;

- art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prevede în mod explicit și imperativ obligația autorității contractante de a solicita 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. Mai mult, contrar celor susținute prin contestație, documentația de atribuire, prevede (fișa de date a achiziției - secțiunea III, cap. 1.1., cerința nr. 1) ca ofertanții, terții susținători și subcontractanții să nu se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/20016 privind achizițiile publice.

Prin urmare, contrar celor menționate în contestație, cerința este solicitată expres în documentația de atribuire, fiind neîndeplinită de ofertantul SC ... SRL;

- prin comunicarea înaintată contestatoarei, comisia de evaluare a respectat prevederile art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- este lipsită de orice temei legal critica contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita înlocuirea o singură dată a subcontractantului propus și nu declararea ofertei inacceptabilă, deoarece, comisia de evaluare a solicitat SC ... SRL, potrivit prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, depunerea documentelor justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, iar ofertantul nu s-a conformat solicitării;

- atâta timp cât SC ... SRL nu a prezentat un certificat de atestare fiscală actualizat în care să fie prevăzută existența datoriilor la bugetul de stat a subcontractantului nominalizat, autoritatea contractantă nu se afla în situația prevăzută de art. 170 din Legea nr. 98/2016;

- mai mult decât atât, raportat la faza de evaluare „îndeplinire DUAE”, comisia de evaluare nu avea motive să solicite înlocuirea subcontractantului, atâta timp cât SC ... SRL s-a calificat în faza de evaluare a propunerii tehnice/financiare împreună cu subcontractantul propus inițial, respectiv SC ... SRL, iar modificarea în această fază de evaluare, ar presupune reevaluarea ofertei acestui operator economic, atât tehnic cât și financiar, ceea ce ar încălca prevederile art. 2 alin. (2), respectiv art. 49 din Legea nr. 98/2016.

În drept, intervenienta invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) Legea nr. 101/2016, precum și toate dispozițiile legale invocate.

Prin punctul de vedere nr. 7940/03.12.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 50292/04.12.2018, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca neîntemeiată, a contestației, pentru următoarele motive:

În fapt, arată autoritatea contractantă:

- în urma verificării și finalizării procesului de evaluare a ofertelor, oferta SC ... SRL, în calitate de ofertant, și SC ... SRL, în calitate de subcontractant, a fost declarată admisibilă, conform procesului-verbal nr. 7523/15.11.2018, și ocupanta primei poziții în clasamentul final. După cum rezultă din oferta prezentată de SC ... SRL în cadrul procedurii, acesta se bazează pe capacitățile subcontractantului SC ... SRL în etapa de execuție a contractului, operator economic pentru care a și depus DUAE, conform prevederilor legale, document acceptat în faza de calificare de comisia de evaluare în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016;

- după alcătuirea clasamentului final, comisia de evaluare a procedat la analizarea documentelor prezentate anterior de SC ... SRL, prin adresa nr. 589/14.11.2018, privind îndeplinirea DUAE, atât pentru ofertant cât și pentru subcontractantul acestuia, conform cerințelor din fișa de date;

- urmare a analizării documentelor prezentate, comisia de evaluare, în conformitate cu art. 196 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, a solicitat SC ... SRL, prin intermediul SEAP secțiunea "Întrebări", în data 15.11.2018 15:35, „să prezinte, până în data de 19.11.2018 documente justificative actualizate lipsă, respectiv: dovada privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat), așa cum a fost asumată prin DUAE prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE”;

- prin adresa nr. 598/19.11.2018, înregistrată la ... sub nr. 7606 din 20.11.2018, ofertantul a răspuns, în termenul solicitat, respectiv 19.11.2018, la solicitarea adresată de comisia de evaluare și postată în SEAP în data de 15.11.2018 ora 15:35, prezentând, printre altele, Certificatul de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale, pentru operatorul economic SC ... SRL, aflat în afara perioadei de valabilitate;

- comisia de evaluare a apreciat acest răspuns ca fiind neconcludent, oferta acestuia fiind inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016;

- prin clarificarea depusă, SC ... SRL mai evidențiază și posibilitatea înlocuirii subcontractantului declarat/terțului susținător (art. 170 + art. 183 din Legea 98/2016), prezentând, în acest sens, un acord de subcontractare, plus documente de calificare și selecție (DUAE plus documente suport inclusiv certificat de atestare fiscală) pentru operatorul economic SC ... SRL, propus ca subcontractant în locul operatorului economic SC ... SRL, menționând că: „în cazul în care sunteți de acord anexăm prezentei toate documentele care atestă atât capacitatea tehnico/profesională și economică, în conformitate cu fișa de date și caietul de sarcini ale unei alte societăți care ar putea înlocui subcontractantul propus în aceleași condiții”, în condițiile în care autoritatea contractantă este singura care are dreptul de a solicita înlocuirea subcontractantului, o singura dată pe durata procedurii de atribuire, conform prevederilor legale în vigoare, iar acesta nu a făcut o solicitare, în sensul acesta;

- astfel, s-a făcut aplicarea prevederilor art. 165 alin. (1) și (2).

Referitor la criticile contestatoarei privind nesolicitarea înlocuirii subcontractantului, în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă menționează că, prevederile invocate nu sunt incidente în prezenta cauză, susținerea invocată fiind eronată, norma legala neavând nicio legătură cu situația faptică referitoare la înlocuirea unui subcontractant pentru care, la solicitarea autorității contractante de a se prezenta certificatele constatatoare care să ateste lipsa datoriilor

către bugetul consolidat al statului, ofertanta a ales să înlocuiască din propria inițiativă subcontractantul în discuție.

Autoritatea contractantă consideră că, dispozițiile art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, nu sunt aplicabile, subcontractantul SC ... SRL demonstrând ca are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea din contract pe care acesta urmează să o îndeplinească efectiv.

În ceea ce privește opinia contestatoarei referitoare la nerespectarea art. 170 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a acceptat, în prima faza de calificare, declarația pe proprie răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 165 din actul normativ evocat, prezentată de subcontractantul propus în cadrul ofertei, respectiv, de către SC ... SRL, urmând ca, în conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din același act normativ, după alcătuirea clasamentului final, să verifice documentele justificative actualizate prin care operatorul economic ocupant al primei poziții în clasament, demonstrează îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Față de aspectele menționate, autoritatea contractantă supune atenției faptul că derularea procedurii de achiziție s-a realizat cu deplină respectare a dispozițiilor legale, susținerile contestatoarei fiind neîntemeiate.

În probațiune, autoritatea contractantă depune copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 641/05.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 50669/06.12.2018, SC ... SRL transmite „Întâmpinare privind cererea de intervenție nr 5059/03.12.2018”, solicitând respingerea cererii de intervenție nr. 5059/ 03.12.2018, formulată de SC ... SRL, ca nefondată și netemeinică, pentru următoarele motive:

- în cererea de intervenție nu se face referire la nerespectarea de către SC ... SRL a unor prevederi din fișa de date sau a unor dispoziții legale;

- deoarece autoritatea contractantă a solicitat intervenientului documentele justificative privind îndeplinirea DUAE, fiind clasat pe locul următor față de petentă, în cererea de intervenție se interpretează dispozițiile legale în mod propriu, dar fără a preciza un text de lege care să oblige autoritatea să solicite certificatele privind plata impozitelor și taxelor de către subcontractantul propus de ofertant;

- în mod eronat, intervenienta amintește art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și nu Legea nr. 101/2016, deoarece, SC ... SRL a depus toate documentele solicitate prin fișa de date, inclusiv certificatele privind plata impozitelor și taxelor la bugetul local și general, dispozițiile textului de lege referindu-se doar la operator economic nu și la subcontractant;

- pentru a exclude din procedură, autoritatea contractantă trebuia să aibă informații că operatorul economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor și taxelor, iar SC ... SRL a demonstrat că și-a îndeplinit această obligație. În ceea ce privește subcontractantul propus, SC ...

SRL, s-a depus certificatul de atestare fiscală nr. 7555968/07.09.2018, prin care se demonstrează că societatea nu are înregistrate sume neachitate, certificatul neavând prevăzută o dată de valabilitate. De asemenea, s-a atașat și cererea înregistrată de SC ... SRL, la ANAF, pentru eliberarea unui nou certificat de atestare fiscală, care a fost depusă în data de 03.09.2018 și certificatul a fost eliberat în data de 07.09.2018, adică după patru zile;

- încălcarea obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, trebuia stabilit printr-o hotărâre administrativă, având caracter definitiv și obligatoriu, nici petenta și nici subcontractantul SC ... SRL nefiind în aceasta situație;

- atât solicitarea din 12.11.2018, cât și cea din 19.11.2018, nu face referire la prezentarea documentelor și de către subcontractantul propus, rezultând că nu există obiect pentru a formula contestație.

Prin adresa nr. 643/05.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 50672/06.12.2018, SC ... SRL transmite „Răspuns la punctul de vedere nr 7940/03.12.2018”, precizând, pe lângă cele deja prezentate, următoarele:

- la fel ca și intervenientul, autoritatea contractantă, în mod eronat, amintește art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece SC ... SRL a depus toate documentele solicitate prin fișa de date, inclusiv certificatele privind plata impozitelor și taxelor la bugetul local și general, dispozițiile textului de lege anterior menționat referindu-se doar la operator economic nu și la subcontractant;

- pentru a exclude din procedură, autoritatea contractantă trebuia să aibă informații că operatorul economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor și taxelor, iar SC ... SRL a demonstrat că și-a îndeplinit această obligație. În ceea ce privește subcontractantul propus, SC ... SRL, s-a depus certificatul de atestare fiscală nr. 7555968/07.09.2018, prin care se demonstrează că societatea nu are înregistrate sume neachitate, certificatul neavând prevăzută o dată de valabilitate. De asemenea, s-a atașat și cererea înregistrată de SC ... SRL, la ANAF, pentru eliberarea unui nou certificat de atestare fiscală, care a fost depusă în data de 03.09.2018 și certificatul a fost eliberat în data de 07.09.2018, adică după patru zile;

- încălcarea obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, trebuia stabilit printr-o hotărâre administrativă, având caracter definitiv și obligatoriu, nici petenta și nici subcontractantul SC ... SRL nefiind în aceasta situație;

- pentru a afla dacă un ofertant nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor și taxelor către bugetul local sau general, autoritatea contractantă trebuia să întreprindă măsuri suplimentare, pentru a ști, cu certitudine, acest aspect, și nu a respinge o oferta doar pe baza unor simple presupuneri ale comisiei de evaluare, încălcând, astfel, principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- este eronată afirmația autorității contractante „a ales să înlocuiască din propria inițiativă subcontractantul în discuție”, deoarece,

conform art. 151 și următoarele, coroborat și cu art. 160 din HG nr. 395/2016, ofertantul are posibilitatea înlocuirii subcontractanților nominalizați în cadrul ofertei, cu acordul autorității contractante, din același act normativ, deoarece introducerea unui nou subcontractant nu modifică oferta anterior depusă. Înlocuirea nu s-ar fi realizat din proprie inițiativă, ci la solicitarea autorității contractante;

- deși avea posibilitatea de a solicita înlocuirea subcontractantului propus de SC ... SRL, autoritatea contractanta a avut o atitudine pasivă, în acest sens.

2. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația prin care SC ... SRL critică decizia privind rezultatului procedurii, ca fiind abuziva, ilegală și discriminatorie, comunicată prin adresa nr. 7673/21.11.2018, prin care oferta asocierii SC ... SRL – SC ... SRL a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, și respinsă, în temeiul art. 137 alin (1) din același act normativ.

Contestatoarea susține că toate motivele de respingerea ofertei sale sunt abuzive și nelegale, deoarece a respectat toate prevederile caietului de sarcini, legislația muncii și legislația în vigoare pentru toate elementele component alte tarifului.

Referitor la fondul de handicap, petenta afirmă că a făcut dovada angajării unei persoane cu handicap, fapt pentru care beneficiază de reducerea contribuției la fondul de handicap proporțional. De asemenea, ofertanta a subliniat și declarat că aceste economii la fondul de handicap la va utiliza exclusive pentru acest contract, în celelalte contracte ale asocierii tarifele fiind calculate cu luarea în calcul a fondului de handicap fără nicio reducere. Astfel, dacă autoritatea contractantă avea dubii asupra acestui lucru, îi putea cere inclusiv copii după aceste contracte sau fundamentările de tarif pentru aceste contracte.

În opinia petentei, la doilea motiv al descalificării sale este abuziv și nelegal, deoarece numărul agenților pe un post din caietul de sarcini este un număr mediu de agenți ce se iau în calcul pentru un post de pază, fiind imposibil de interpretat în sensul în care autoritatea contractantă ar obliga angajații unei societăți să presteze ore suplimentare permanent, lună de lună timp de 24 de luni, întocmirea ofertelor plecând, întotdeauna, de la respectarea legislației muncii și altor acte normative incidente. Astfel, comisia de evaluare trebuie să aibă în vedere prezumția de legalitate și autenticitate a documentelor și informațiilor prezentate, ofertantul asumându-și răspunderea exclusivă pentru legalitatea și autenticitatea tuturor documentelor și informațiilor prezentate în vederea participării la procedura, atitudinea de declarare a unei oferte ca fiind neconformă, pentru anumite aspecte evident minore, raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta fiind abuzivă.

Mai mult, arată petenta, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și

necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții Europene din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

De asemenea, subliniază contestatoarea, autoritatea nu poate solicita în mod discriminatoriu clarificări ofertanților, după cum în mod judicios s-a pronunțat și Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 1692 din 29 iunie 2012, iar, în jurisprudența Curții de la Luxemburg, s-a reținut constant care sunt obligațiile autorității contractante, în ipoteza solicitării de clarificări.

Totodată, menționează petenta, conform art. 2 lit. m) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, „exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor reprezintă un exces de putere”,.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 6-20 din Legea nr. 101/2016, art. 2, art. 115, art. 172, art. 207, art. 215, art. 224 din Legea nr. 98/2016, art. 51, art. 60, art. 65, art. 127-137 din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 5060/03.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 50197/04.12.2018, SC ... SRL, a cărei ofertă, în urma evaluării tehnice și financiare, a fost declarată admisibilă, depune „Cerere de intervenție voluntară în litigiu”, solicitând: respingerea contestației înaintată de SC ... SRL, ca nefondată, și menținerea rezultatului procedurii referitor la acest ofertant, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate cu prezentul demers juridic.

Într-un prim aspect, intervenienta înțelege să invoce excepția tardivității, deoarece comunicarea rezultatului procedurii s-a făcut în data de 21.11.2018, termenul limită pentru înaintarea contestației a început să curgă la data de 22.11.2018 și a expirat la data de 26.11.2018, iar contestația a fost înaintată în data de 27.11.2018, ceea ce determină aplicabilitatea art. 16 alin. (1) din Legea 101/2016, fiind încălcat termenul imperativ prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Pe fondul cauzei, intervenienta solicită respingerea contestației, ca nefondată, pentru următoarele considerente:

- cu privire la critica formulată de SC ... SRL, în sensul că această societate a făcut dovada angajării unei persoane cu handicap, aceasta nu face decât să confirme concluziile comisiei de evaluare, care a apreciat răspunsul asocierii ca fiind neconcludent, dispunând respingerea ofertei ca inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Astfel, potrivit prevederilor art. 78 alin. (2) și (3) din Legea nr. 448/2006, calculul prezentat cu privire la contribuția prevăzută de Legea nr. 448/2006 este eronat, situația expusă prin contestație, cu privire la

utilizarea exclusivă a economiilor la fondul de handicap pentru acest contract nu au nicio relevanță în ceea ce privește calcularea incorectă a contribuției, având ca efect direct scăderea artificială a prețului ofertat;

- cu privire la critica referitoare la numărul de agenți/post, autoarea contestației nu aduce niciun argument cu privire la necorelarea propunerii tehnice cu propunerea financiară.

Astfel, deși în propunerea tehnică se menționează explicit 4 agenți/post (24/24) și 2 agenți/post (12/24), aceste elemente tehnice nu se reflectă în propunerea financiară, valoarea tarifului orar ofertat neincluzând sporul de 75% pentru munca suplimentară, deși numărul de agenți/post, respectiv natura postului (24/24, 12/24) a fost prevăzut expres în documentația de atribuire (caiet de sarcini), contestatoarea având cunoștință de cerințele acesteia.

Nici cu ocazia contestației, societatea nu aduce niciun fel de argument cu privire la excluderea din tariful ofertat a cheltuielilor privind munca suplimentară (art. 123 alin. (2) din Legea nr. 53/2003)

Ofertant nu prezintă niciun fel de critici, nici măcar formale, cu privire la neraportarea și la procentul din cadrul acordului de asociere, ceea ce presupune că a fost de acord cu privire la acest motiv de declarare a ofertei inacceptabile.

Aprecierile petentei, din finele contestației demonstrează că aceasta recunoaște existența unor neconformități, însă le apreciază minore, susținând că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, trebuie să plece de la prezumția de legalitate și autenticitate ale documentelor și informațiilor prezentate;

- afirmațiile contestatoarei, cu privire la atitudinea discriminatorie a autorității contractante, sunt neîntemeiate și de rea credință, deoarece comisia de evaluare a adresat, în data de 05.11.2018, aceeași clarificare (justificare tarif) tuturor celor 4 ofertanți admiși în etapa de verificare a propunerilor financiare (a se vedea raportul procedurii pag. 22 și următoarele).

Intervenienta solicită respingerea solicitării de obligare la plata cheltuielilor de judecată, ca urmare a respingerii contestației, iar, în subsidiar, ca nedovedită, atâta timp cât nu au fost depuse documente justificative în acest sens.

În drept, intervenienta invocă art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și toate dispozițiile legale invocate.

Prin punctul de vedere nr. 7977/03.12.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 50291/04.12.2018, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca neîntemeiată, a contestației depusă de SC ... SRL, pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă precizează că, în urma analizării răspunsului de clarificări prezentat de asocierea SC ... SRL - ... SRL, prin adresa nr. 7209/05.112018, comisia de evaluare a constat că ofertantul, în fundamentarea economică a celor 2 tarife orare ofertate, a calculat eronat contribuția la fondul de 4% din salariul de bază prevăzut de Legea nr. 448/2006, astfel:

„a). Pentru postul permanent (24/24) respectiv postul de noapte (12/24)

• Ore lunare 8395:166,666 ore/lună = 50,37 agenți

• 50,37x 4% = 2,01 persoane cu handicap ce ar trebui angajate

• Societatea noastră are angajata o persoană cu handicap gradul 3 angajata cu jumătate de normă fapt pentru care am calculat fondul de handicap pentru 2,01-0,5=1,51 persoane

• 1,51 x 1900 lei: 8395 ore/lună = 0,34 lei/oră".

Din următoarele considerente, comisia de evaluare a concluzionat că, contribuția la fondul de 4% din salariul de bază prevăzut de Legea nr. 448/2006, este calculată eronat:

- conform art. 78 alin. (2) din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, cu modificările și completările ulterioare, „Autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care au cel puțin 50 de angajați, au obligația de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de angajați. (3) Autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condițiile prevăzute la alin. (2). plătesc lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap".

La fundamentarea prețului unitar al ofertei financiare lipsesc documente relevante din care să rezulte numărul de salariați ai ofertantului SC ... SRL, în funcție de care are obligația de a angaja persoane cu handicap (ex. extras Revisal sau alte documente echivalente);

- ofertantul se raportează la numărul de angajați ce vor fi utilizați în cadrul viitorului contract și nu la numărul total de angajați ai societății;

- mai mult decât atât, ofertantul este o asociere, deci trebuia să facă raportarea și la procentul din cadrul acordului de asociere, contribuția acestuia cu personalul de pază fiind, conform propunerii tehnice prezentate, de 50%, respectiv, asocierea dispune de un total de 52 de angajați din care 26 SC ... SRL (ofertant) și 26 SC ... SRL (asociat). În aceste condiții ofertantul diminuează artificial valoarea tarifului orar.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, ofertantul a mai prezentat următoarele: cheltuieli directe în cuantum de 0,10 lei/oră, fără a prezenta modul de calcul; cheltuieli indirecte în procent de 0,15% stabilit în baza deciziei directorului general al ofertantului; profit în procent de 0,07%.

Totodată, susține autoritatea contractantă, din calculația prezentată privind detalierea tarifului orar, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a ținut cont de prevederile caietului de sarcini (la pct.4.3 se precizează „.. ofertanții vor face dovada faptului că cele 46 de persoane care vor îndeplini atribuții de pază a obiectivelor, bunurilor

și valorilor ce aparțin achizitorului sunt atestate de .... ”, iar în Anexa nr. 1 a caietului de sarcini sunt prevăzuți 4 agenți/post 24/24 și 2 agenți/post 12/24), prevederi asumate de ofertant prin propunerea tehnică, respectiv de a utiliza 4 agenți/post 24/24 și 2 agenți/post 12/24, luând în calcul 4,58 agenți/post 24/24 și 2,26 agenți/post 12/24, astfel ofertantul diminuează artificial valoarea tarifului orar neincluzând sporul de 75% pentru munca suplimentară prestată peste norma legală de lucru stabilită prin HG nr. 846/2017 la 166,666 ore/lună. În acest sens, autoritatea contractantă menționează că a pus la dispoziție, tuturor operatorilor economici participanți la procedură, justificarea privind valoarea estimată a contractului în cauză, ce cuprinde fundamentarea economică și modul de calcul al tarifului orar, ținând cont de toate prevederile legale în domeniu.

Referitor la criticile petentei privind numărul de agenți/post, autoritatea contractantă apreciază că, prin contestație nu se aduce niciun argument cu privire la necorelarea propunerii tehnice cu propunerea financiară.

Astfel, autoritatea contractantă învederează că, în urma analizării răspunsului primit, comisia de evaluare a constatat că răspunsul este neconcludent, propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, sub aspectul neutilizării a 4 agenți/post (24/24) și 2 agenți/post (12/24), astfel cum ofertantul și-a asumat prevederile caietului de sarcini prin propunerea tehnică depusă, sens în care ofertantul diminuează artificial valoarea tarifului orar neincluzând sporul de 75% pentru munca suplimentară, iar fondul de handicap nu este calculat în concordanță cu legislația în vigoare, declarând inacceptabilă oferta depusă de asocierea SC ... SRL - ... SRL, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, și respinsă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din același act normativ.

Autoritatea contractantă solicită respingerea solicitării contestatoarei de a se dispune obligarea sa la plata cheltuielilor privind consultanța juridică necesară întocmirii notificării/contestației, în suma de 8.000 lei, la care se adaugă TVA, ca urmare a respingerii contestației, ca nedovedită, nefiind făcută dovada achitării acestei sume.

În măsura în care, contestatoarea face dovada cheltuielilor privind consultanța juridică invocată, autoritatea contractantă solicită respingerea acordării acestor cheltuieli, întrucât suma pretinsă este disproporționată în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei.

În probațiune, autoritatea contractantă depune copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Prin adresele nr. ... și ..., Consiliul pune în discuție excepția tardivității invocată de SC ... SRL în cererea de intervenție voluntară în litigiu nr. 5060/03.12.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50197/04.12.2018, în considerarea prevederilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, solicitându-le punctul de vedere cu privire la excepția.

Autoritatea contractantă răspunde, prin adresa nr. 8133/10.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 51057/10.12.2018, solicitând admiterea excepției invocate de SC ... SRL și respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca tardivă, pentru următoarele considerente:

- comunicarea rezultatului procedurii, cu privire la oferta asocierii dintre SC ... SRL - SC ... SRL a fost comunicată acesteia de către comisia de evaluare în data de 21.11.2018, prin intermediul SEAP. Conform prevederilor legale, termenul contestării este de 5 zile, începând să curgă în data de 22.11.2018 și împlinindu-se în data de 26.11.2018;

- întrucât SC ... SRL a înțeles să înainteze contestația sa în data dc 27.11.2018, fiind înregistrată la CNSC cu nr. 49334/27.11.2018, devin incidente prevederilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

- prin urmare, SC ... SRL nu și-a exercitat dreptul de a contesta, în termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016. în consecința, va solicitam sa admiterea excepției și respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca tardivă.

Urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 3333/12.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 51541/13.12.2018, SC ... SRL transmite „Concluzii scrise", reiterând aspectele deja prezentate prin contestația depusă.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Servicii de pază - ... - 2018-2020", prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. .... Valoarea estimată a contractului de servicii ce urmează a fi atribuit este 2529515,70 lei, fără TVA, și criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț".

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ... SRL prin adresa nr. 7680 din 21.11.2018, în care se arată că, în urma evaluării ofertelor depuse în aplicarea procedurii, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, și respinsă în temeiul prevederilor art. 137 alin (1) din același act normativ, motivat de faptul că:

«Urmare a verificării/analizării documentelor privind îndeplinirea DUAE, comisia de evaluare a solicitat ofertantului SC ... SRL în conformitate cu art. 196 alin. (2) și (3) din Legea 98/2016, să prezinte, până în data de 19.11.2018 documente justificative actualizate lipsa, respectiv: dovada privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat), așa cum a fost asumată prin DUAE de către operatorul economic SC ... SRL, în calitate de subcontractant, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Ofertantul a răspuns prin adresa nr. 598/19.11.2018 înregistrată la ... sub nr. 7606 din 20.11.2018 în termenul solicitat, respectiv 19.11.2018, la solicitarea adresata de comisia de evaluare și postată în SEAP în data de 12.11.2018 ora 15:56 prezentând următoarele documente:

1. Adresă înaintare pag. 1

2. Certificat atestare fiscală privind impozitele și taxele locale SC ... SRL nr. 219040 19.11.2018 Pag. 2

Cerința îndeplinită

3. Declarație pe propria răspundere plus dovada depunere cerere de eliberare Certificat atestare fiscală din data de 19.11.2018 și Certificat atestare fiscală ANAF 755968 din 07.09.2018/Certificat a pag. Pag. 3-8

Răspuns neconcludent

Operatorul economic conform art. 196 alin. (2) trebuie să prezinte toate documentele "justificative ACTUALIZATE prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați".

Operatorul economic SC ... SRL a mai depus o dată cu documentele de calificare solicitate și un nou Acord de subcontractare plus documente de calificare și selecție pentru operatorul economic SC ... SRL, propus ca subcontractant în locul operatorului economic SC ... SRL, după cum acesta menționează și în adresa de înaintare nr. 598/10.11.2018: "în care în care sunteți de acord anexam prezentei toate documentele care atestă capacitatea tehnico/profesională și economică în conformitate cu fișa de date și caietul de sarcini ale unei alte societăți care ar putea înlocui subcontractantul propus în același condiții".

Răspuns neconcludent

Autoritatea contractantă nu are motive în faza de evaluare "îndeplinire DUAE" să solicite înlocuirea subcontractantului, având în vedere că:

- operatorul economic SC ... SRL a fost evaluat și s-a calificat în faza de evaluare a propunerilor tehnice/financiare împreună cu subcontractantul propus inițial respectiv: SC ... SRL iar modificarea subcontractantului în aceasta fază de evaluare ar presupune reevaluarea ofertei sale din punct de vedere tehnic/financiar ce ar încălca totodată prevederile art. 2 alin. (2) și art. 49 din Legea 98/2016.

[...]

Prin urmare în conformitate art. 66 alin. (1) din HG 395/2016 " (1) în situația în care în urma demersurilor realizate de autoritatea contractanta în baza art. 196 alin. (2) din Lege ofertantul clasat pe primul loc nu demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe locul următor să depună toate documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare." Comisia de evaluare a trecut la verificarea documentelor justificative actualizate privind îndeplinirea DUAE ale operatorului clasat pe locul următor respectiv SC ... SRL.

Astfel în urma aplicării criteriului de atribuire "Cel mai bun raport calitate - preț", astfel cum acesta a fost prevăzut în documentația de atribuire, oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de S.C. ... SRL, al cărei preț este de: 2.369.930,40 RON lei fără TVA.»

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față consemnând cauțiunea în valoare de 47.398,61 lei, cu recipisa nr. 205087168/1 din 04.12.2018, emisă de CEC Bank SA – Sucursala ...), solicitând admiterea contestației, anularea comunicării nr. 7680/21.11.2018 și a actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

Cererea de intervenție depusă de SC ... SRL este încuviințată în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei, în sensul păstrării actelor autorității contractante.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta SC ... SRL pentru motivele arătate acesteia în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul reține ca aceasta a fost luata în faza de verificare a îndeplinirii celor declarate și asumate în DUAE, respectiv faza finală a procedurii de atribuire.

Fata de aceasta situație, Consiliul stabilește incidența următoarelor dispoziții legale:

- art. 193 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

b) îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţii privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată şi va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanţii pe a căror capacităţi se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a), precum şi cele de la alin. (1) lit. b) şi c) care prezintă relevanţă din perspectiva capacităţilor subcontractanţilor pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanţilor pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conţine numai informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a).

(4) Pe lângă informaţiile prevăzute la alin. (1) - (3), DUAE conţine şi informaţii cu privire la autoritatea publică sau partea terţă responsabilă cu întocmirea documentelor justificative, precum şi o declaraţie oficială care să ateste că operatorul economic are obligaţia să furnizeze, la cerere şi fără întârziere, documentele justificative respective.”

- art. 196 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaţilor/ofertanţilor să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfăşurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfăşurarea corespunzătoare a procedurii.

(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, cu excepţia situaţiei contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, 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 şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE, cu excepţia procedurilor desfăşurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitaţiilor pentru etapa a doua către candidaţii selectaţi."

- art. 170 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica inexistenţa unei situaţii de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167 în legătură cu subcontractanţii propuşi.

(3) În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declaraţia pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situaţiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire."

Din textele de lege citate, rezultă că autoritatea contractantă are obligația de a verifica incidența cazurilor de excludere inclusiv în ceea ce îl privește pe subcontractantul propus, acesta din urmă, la rândul său, având obligația de a prezenta DUAE.

De asemenea, rezultă că informațiile cuprinse în DUAE este necesar a fi susținute de documente relevante actualizate pe care ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul ofertelor admisibile (clasament realizat după desfășurarea etapelor de examinare a cuprinsului DUAE, evaluare din punct de vedere tehnic si financiar) trebuie să le prezinte autorității contractante, la cererea acesteia.

Totodată, relevante în soluționare sunt reținute și prevederile fișei de date a achiziției, cap. III.1.1.a) Situația personala a candidatului sau ofertantului, unde s-a precizat, printre altele și că *„**Documentele ce reprezintă motive de excludere se solicita** ofertantului, ofertantului asociat, **subcontractantului** cât si terțului susținător."*

Văzând incidența cazurilor de excludere, în egala măsură, în ceea ce îl privește pe ofertant, cât și pe subcontractantul acestuia, Consiliul apreciază că solicitarea documentelor suport adresată subcontractantului este susținută atât de dispozițiile legale, cât și de prevederile fișei de date.

Drept urmare, stabilind întemeiată solicitarea autorității contractante de a-i fi prezentată dovada îndeplinirii obligațiilor de plată de către subcontractul declarat de SC ... SRL, Consiliul continua cu examinarea conduitei ulterioare a autorității contractante.

În acest sens, se observă că, la solicitarea din noiembrie 2018, SC ... SRL a prezentat certificatul de atestare fiscală eliberat în septembrie 2018 (luna anterioară celei de depunere a ofertelor), pentru

subcontractantul său, împreună cu cererea de eliberare a unui certificat similar, cerere emisă în noiembrie 2018.

Față de aceste documente, autoritatea contractantă a stabilit ca nu dovedesc îndeplinirea cerinței de neexcludere si nici cererea sa expresa de a fi prezentate acte actualizate, urmarea fiind respingerea ofertei, așa cum s-a arătat mai sus.

Cât privește prevederea de la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„Autoritatea contractantă poate invita candidaţii/ofertanţii să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2).”*, Consiliul retine ca, inițial, în data de 12.11.2018, autoritatea contractantă a cerut ofertantei SC ... SRL ca, pana la data de 14.11.2018, să prezinte documente justificative actualizate prin care sa demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare si selecție, in conformitate cu informațiile cuprinse in DUAE. Ofertanta a răspuns in termen, prezentând, pentru subcontractantul sau, declarațiile pe propria răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 164, 165 si 167 din Legea nr. 98/2016.

Ulterior, în data de 15.11.2018, autoritatea contractantă a solicitat in mod expres SC ... SRL să prezinte, până în data de 19.11.2018, documente justificative actualizate considerate lipsa, respectiv dovada privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat), așa cum a fost asumată prin DUAE de către subcontractantul SC ... SRL, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE. Acestei solicitări ofertanta contestatoare a răspuns în sensul celor citate din adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

Având in vedere demersurile realizate de autoritatea contractanta, Consiliul stabilește ca aceasta si-a exercitat dreptul prevăzut la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum se reținea din considerentele autorității contractante in luarea deciziei atacate, prin adresa nr. 598 din 19.11.2018, reprezentând răspunsul la cererea autorității din data de 15.11.2018, SC ... SRL a prezentat acesteia documente corespunzătoare unui alt operator economic, in calitate de subcontractant al sau, invocând dispozițiile art. 170 din Legea nr. 98/2016, pentru situația in care autoritatea va retine ca nu sunt suficiente actele depuse pentru subcontractantul inițial, in ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor sale de plata.

Dispozițiile art. 170 din Legea nr. 98/2016 stabilesc următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica inexistenţa unei situaţii de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167 în legătură cu subcontractanţii propuşi.

(2) În cazul în care este identificată o situaţie de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispoziţiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situaţie.”

Se observa, din modul de redactare al dispoziției art. 170 alin. (2), că solicitarea înlocuirii subcontractantului față de care s-a identificat existenta unei situații de excludere nu reprezintă un drept pe care autoritatea contractantă poate să decidă să îl exercite sau nu. Textul legii este expres in sensul ca „autoritatea contractantă solicită", aceasta neavând dreptul de a aprecia circumstanțial conduita astfel impusa de lege. Drept urmare, Consiliul stabilește ca, față de situația ofertantei de la data de 19.11.2018, ii revenea autorității contractante sarcina de a cere SC ... SRL înlocuirea subcontractantului său, sau, în situația faptică a speței prezente, de a accepta inițiativa acesteia de a propune, cu invocarea dispoziției legale care prevede o asemenea posibilitate, un nou subcontractant.

Situația prezentată de autoritatea contractantă ca împiedicând înlocuirea subcontractantului nu poate fi primită în condițiile în care, pe de o parte, aceasta conduce la eludarea legii, iar, pe de altă parte, nu e reglementată ca fiind exoneratoare de obligația pe care autoritatea contractantă o are în gestionarea situației unui subcontractant propus.

Date fiind cele analizate, Consiliul stabilește nelegalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta SC ... SRL, pentru considerentele comunicate acesteia din urma, în condițiile în care, în adoptarea ei, au fost ignorate dispoziții legale cu incidenta specifica in situația de fapt analizata.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SRL și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei SC ... SRL, precum și comunicările ulterioare acesteia.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusa de SC ... SRL.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației depusă de SC ... SRL, Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție depusă sunt nefondate, astfel încât Consiliul va respinge cererea de intervenție depusă de SC ... SRL.

Cererea intervenientei SC ... SRL, de obligare a contestatoarei SC ... SRL la plata cheltuielilor ocazionate de acest demers juridic, va fi respinsă ca inadmisibilă având în vedere motivele prezentate în continuare.

Relevante în analizarea acestui capăt de cerere sunt următoarele dispoziții ale Codului de procedură civilă:

- art. 61 alin. (3): *„Intervenţia este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi";*

- art. 65 alin. (1): *„Intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale”.*

- art. 453 alin. (1): *„Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părţii care a câştigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată”.*

Analizând dispozițiile citate anterior rezultă că pentru acordarea cheltuielilor de judecată nu este suficientă dobândirea calității de parte într-un proces, ci este necesar ca acea parte să câștige procesul, adică să obțină total sau parțial pretențiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, dispozițiile art. 453 din Codul de procedură civilă fiind explicite în acest sens.

Din această perspectivă, Consiliul reține că intervenientul accesoriu, deși devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale [conform art. 65 alin. (1) din Codul de procedură civilă], nu invocă o pretenție proprie în proces pentru a deveni „parte care câștigă procesul”, ci sprijină numai apărarea unei dintre părți, după cum rezultă din dispozițiile art. 61 alin. (3) din Codul de procedură civilă, astfel încât acesta nu poate obține obligarea părții care a căzut în pretenții la plata cheltuielilor de judecată, doar partea în favoarea căreia a intervenit și care a obținut pretențiile solicitate putând pretinde astfel de cheltuieli.

În ceea ce privește contestația secundă, Consiliul reține că decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ... SRL prin adresa nr. 7673 din 21.11.2018, în care se arată că, în urma evaluării ofertelor depuse în aplicarea procedurii, oferta asocierii SC ... SRL - ... SRL a fost declarată inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, și respinsă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din același act normativ, motivat de faptul că:

«Urmare verificării/analizării documentelor privind propunerea financiară, comisia de evaluare a solicitat Asocierii SC ... SRL - ... SRL următoarele clarificări:

1. Prezentarea modului de calcul, precum și descrierea fiecărui element component din structura tarifelor orare ofertate.

2. Prezentarea ofertei prevăzută la art. 2 din Acordul de subcontractare nr. 3159/03.10.2018, încheiat între SC ... SRL și SC ... SRL;

Prin adresa nr. 3050/06.11.2018, înregistrată la ... sub nr. 7282/07.11.2918, s-au făcut următoarele precizări:

În urma analizării răspunsului de clarificări, comisia de evaluare a constat că, în fundamentarea economica a celor 2 tarife orare ofertate, s-au avut în vedere următoarele:

- salariul minim de 1900 lei/lună, stabilit prin HG nr.846/2017

- pentru munca prestată în timpul nopții a acordat un spor de 25% în conformitate cu prevederile art. 126 lit. b) din Codul Muncii

- pentru repausul săptămânal prevăzut la art. 137 din Codul Muncii a acordat un spor în cuantum de 0,01 lei/oră/post, stabilit în baza deciziilor Directorului General al ofertantului

- pentru sărbătorile legale - 15 zile, a luat în calcul plata acestora astfel cum este stabilit la art. 139 și următoarele din Codul Muncii

- indemnizația pentru concediul de odihnă anual, respectiv 20 de zile, în cuantum de 0,95 lei/oră este suficientă pentru respectarea prevederilor art. 144 și următoarele din Codul Muncii, dar modul de calcul prezentat este eronat

- cota de 2,25% pentru contribuția asiguratorie pentru muncă, stabilită prin OUG nr. 79/2017 pentru modificarea și completarea Codului fiscal

- contribuția la fondul de 4% din salariul de bază prevăzut de Legea nr. 448/2006, este calculată eronat, ofertantul diminuând artificial valoarea (are angajat 1 salariat cu handicap), deoarece se raportează la numărul de angajați ce vor fi utilizați în cadrul viitorului contract și nu la numărul total de angajați ai societății. Mai mult decât atât, ofertantul este o asociere, deci trebuia să facă raportarea și la procentul din cadrul acordului de asociere.

Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, cu modificările și completările ulterioare, prevede la art. 78 alin. (2) următoarele "Autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care au cel puțin 50 de angajați, au obligația de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de angajați (3) Autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condițiile prevăzute la alin. (2), plătesc lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap".

- cheltuieli directe în cuantum de 0,10 lei/oră, fără a prezenta modul de calcul

- cheltuieli indirecte în procent de 0,15% stabilit în baza deciziei Directorului General al ofertantului

- profit în procent de 0,07%

Comisia de evaluare constată că la stabilirea tarifelor orare ofertantul nu a ținut cont de prevederile caietului de sarcini (la pct. 4.3 se precizează " ... ofertanții vor face dovada faptului că cele 46 de persoane care vor îndeplini atribuții de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor ce aparțin achizitorului sunt atestate de ...." iar în Anexa nr. 1 a caietului de sarcini sunt prevăzuți 4 agenți/post 24/24 și 2 agenți/post 12/24), prevederi asumate de ofertant prin propunerea tehnică, respectiv de a utiliza 4 agenți/post 24/24 și 2 agenți/post 12/24, luând în calcul 4,58 agenți/post 24/24 și 2,26 agenți/post 12/24, astfel ofertantul diminuează artificial valoarea tarifului orar neincluzând sporul de 75% pentru munca suplimentară prestată peste norma legală de lucru stabilită prin HG nr. 846/2017 la 166,666 ore/lună.

În urma analizării răspunsului primit, comisia de evaluare a constatat ca răspunsul este neconcludent, propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, sub aspectul neutilizării a 4 agenți/post (24/24) și 2 agenți/post (12/24), astfel cum ofertantul și-a asumat prevederile caietului de sarcini prin propunerea tehnică depusă, sens în care ofertantul diminuează artificial valoarea tarifului orar neincluzând sporul de 75% pentru munca suplimentară. Contribuția la Fondul de handicap nu este calculata în concordanță cu legislația în vigoare.

[...]

Astfel în urma aplicării criteriului de atribuire "Cel mai bun raport calitate - preț", astfel cum acesta a fost prevăzut în documentația de atribuire, oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de S.C. ... SRL, al cărei preț este de: 2.369.930,40 RON lei fără TVA.»

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, consemnând cauțiunea în valoare de 50.591,00 lei, cu recipisa nr. 205084506/1 din 03.12.2018, emisă de CEC Bank SA – Sucursala ...), solicitând admiterea contestației, așa cum a fost formulată, și obligarea autorității contractante să ia măsuri de remediere, constând în:

- anularea adresei nr. 7673/21.11.2018, a deciziei de respingere a ofertei SC ... SRL, a proceselor-verbale intermediare și a tuturor actelor subsecvente;

- reevaluarea ofertei SC ... SRL, conform cerințelor documentației de atribuire și a prevederile legale, și declararea acesteia conformă și acceptabilă;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor privind consultanța juridică necesară întocmirii notificării/contestației, în sumă de 8.000 lei, la care se adaugă TVA.

Cererea de intervenție depusă de SC ... SRL este încuviințată în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei, in sensul păstrării actelor autorității contractante.

Prin cererea sa de intervenție, SC ... SRL invocă excepția tardivității contestației, excepție ce este analizata cu prioritate de către Consiliu, in baza dispoziției art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Verificând, Consiliul constata ca actul atacat de către SC ... SRL este adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 7673 din 21.11.2018, de care a luat cunoștința in data de 21.11.2018, așa cum precizează în contestație.

Actul de investitura a Consiliului a fost emis de autoarea lui în data de 26.11.2018 si a fost transmis acestuia, prin e-mail, în aceeași data, fiind înregistrat la Consiliu in data de 27.11.2018. Exemplarul original al contestației a fost transmis Consiliului prin poștă, în data de 26.11.2018, potrivit stampilei oficiului poștal de expediere, aplicată pe plicul ce conținea contestația.

Drept urmare, coroborând dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016 si cu cele ale art. 183 alin. (1) din Codul de Procedura Civila, raportat la valoarea estimata a contractului supus achizitiei, Consiliul stabilește că SC ... SRL i-a transmis contestația sa in ultima zi a termenul legal de 5 zile, excepția invocata fiind nefondata.

Verificând legalitatea deciziei de respingere a ofertei asocierii SC ... SRL - ... SRL, Consiliul constata ca unul dintre motive deriva din faptul ca *«la stabilirea tarifelor orare ofertantul nu a ținut cont de prevederile caietului de sarcini (la pct. 4.3 se precizează "... ofertanții vor face dovada faptului că cele 46 de persoane care vor îndeplini atribuții de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor ce aparțin achizitorului sunt atestate de ...." iar în Anexa nr. 1 a caietului de sarcini sunt prevăzuți 4 agenți/post 24/24 și 2*

agenți/post 12/24), prevederi asumate de ofertant prin propunerea tehnică, respectiv de a utiliza 4 agenți/post 24/24 și 2 agenți/post 12/24, luând în calcul 4,58 agenți/post 24/24 și 2,26 agenți/post 12/24, astfel ofertantul diminuează artificial valoarea tarifului orar neincluzând sporul de 75% pentru munca suplimentară prestată peste norma legală de lucru stabilită prin HG nr. 846/2017 la 166,666 ore/lună.»

In caietul de sarcini corespunzător acestei achiziții, se regăsesc următoarele cerințe:

„4.1. Numarul de posturi de paza si locatiile in care se vor presta serviciile de paza

Serviciile de paza ce fac obiectul prezentei proceduri de achizitie publicia se vor presta la urmatoarele obiective apartinand achizitorului:

[…]

astfel cum sunt detaliate in Anexele nr. 1 si 2 ale prezentului Caiet de sarcini.

[...]

4.3. Cerinte privind atestarea agentilor de paza

Ofertantii vor prezenta modalitatea de asigurare a accesului la specialistii necesari si obligatorii in vederea verificarii nivelului de calitate corespunzator cerintelor fundamentale aplicabile serviciilor ce fac obiectul contractului. In acest sens, ofertantii vor face dovada faptului ca cele 46 de persoane care vor indeplinii atributii de paza a obiectivelor, bunurilor si valorilor ce apartin achizitorului sunt atestate de Directia Generala de Politie sau, dupa caz, de inspectoratul de politie judetean in raza caruia isi au domiciliul sau resedinta conform prevederilor art. 38 alin. (1) din Legea nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor si protectia persoanelor cu toate modificarile si completarile ulterioare.”

In anexa 1 la caietul de sarcini, denumită „*Tabel nominal cu obiectivele, tipul serviciilor solicitate si personalul necesar pentru serviciile de paza umana*”, se regăsesc detaliate numărul de posturi, programul si numărul de agenți, acesta din urma având un total de 46 de agenți.

Corespunzător îndeplinirii acestor specificații, in propunerea tehnica prezentata de asocierea contestatoare, se regăsesc următoarele mențiuni:

„Asocierea SC ... SRL - ... SRL a citit, a inteles si si-a insusit faptul ca serviciile de paza ce fac obiectul prezentei proceduri de achizitie publica se vor presta la urmatoarele obiective apartinand achizitorului:

[...]

astfel cum sunt detaliate in Anexele nr. 1 si 2 ale prezentului Caiet de sarcini.

[...]

Asocierea SC ... SRL - ... SRL a citit, a inteles si si-a insusit si a prezentat in propunerea tehnica modalitatea de acces la specialistii necesari precum si lista agentilor de securitate impreuna cu datele de identificare si calificare solicitate.

[...]

Asocierea SC ... SRL - ... SRL a citit, a inteles si a prezentat atasat prezentei propuneri tehnice un tabel cu personalul atestat nominalizat pentru prestarea serviciilor, in care vor fi precizate cel putin urmatoarele: nume si

prenume, CNP, seris si numarul atestatului. Asocierea SC ... SRL - ... SRL a citit, a inteles si si-a insusit faptul ca autoritatea contractanta va solicita ofertantului clasat pe primul loc, in clasamentul intermediar, prezentarea atestatului si a extrasului Revisal pentru persoanele nominalizate."

De asemenea, in propunerea tehnica a acestei asocieri se regăsește documentul „Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari si obligatorii", in care se precizează:

„Tot personalul necesar execuției contractului, prezentat in anexa, va fi angajat in momentul semnării contractului".

Văzând specificațiile citate ale caietului de sarcini, precum si cele asumate prin propunerea tehnica de către asocierea SC ... SRL - ... SRL, Consiliul stabilește ca aceasta din urma si-a asumat si a confirmat cererea autorității ca, pentru prestarea serviciilor, sa angreneze un număr de 46 de agenți de securitate.

Pe de alta parte, Consiliul observa ca in propunerea tehnica a acestei asocieri se regăsesc si tabele cu personalul de paza, întocmite de fiecare dintre cei doi membri ai asocierii, totalizând un număr de 52 de persoane (26+26).

Prin adresa nr. 7208 din 05.11.2018, in baza art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, pentru a verifica corelarea propunerii financiare cu cea tehnica, respectiv daca propunerea financiara cuprinde toate categoriile de servicii ofertate conform propunerii tehnice, precum si daca sunt respectate obligațiile prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractanta a cerut SC ... SRL următoarele:

- prezentarea modului de calcul, precum si descrierea fiecărui element component din structura tarifelor orare ofertate;
- prezentarea ofertei prevăzută in acordul de subcontractare.

Asocierea a răspuns prin adresa nr. 3050 din 06.11.2018 aducând elementele cerute de autoritate.

Așa cum rezulta din analiza autorității contractante, expusa in adresa de comunicare a rezultatului procedurii, aceasta a concluzionat, din informațiile aduse de asociere pe calea clarificărilor prezentate, ca numărul de agenți, pe care asocierea ii va angrena in prestarea serviciilor, este mai mare decât cel solicitat prin caietul de sarcini si asumat prin propunerea tehnica depusa.

Concluzia autorității contractante a fost in sensul in care, luând in calcul, la formarea prețului, un număr mai mare de agenți de securitate decât cel impus de documentele achiziției si asumat prin propunerea tehnica, ofertanta a evitat includerea in preț a unor sume suplimentare, constând in sporul pentru munca suplimentara, ce ar fi fost incidente in cazul in care s-ar fi utilizat 46 de agenți de securitate, cum a cerut autoritatea contractanta.

De altfel, acest raționament nu este contrazis de ofertanta prin contestația depusa, singurul argument al acesteia, in considerarea nelegalității deciziei de respingere a ofertei sale fiind acela ca *„... numarul agentilor pe un post din caietul de sarcini fiind un numar mediu de agenti ce se iau in calcul pentru un post de paza, fiind imposibil de*

interpretat in sensul in care autoritatea contractanta ar obliga angajatii unei societati sa presteze ore suplimentare permanent, luna de luna timp de 24 de luni. Intocmirea ofertelor pleaca intotdeauna de la respectarea legislatiei muncii si altor acte normative incidente."

În atare situație, Consiliul stabilește că ofertanta contestatoare nu a respectat cerințele caietului de sarcini, știut fiind că, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire...*". Însă, este necesar a sublinia faptul că documentația de atribuire, conținând „orice cerință, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire" (potrivit art. 20 alin. 2 din HG nr. 395/2016), are caracter obligatoriu și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă și de asigurarea respectării principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără a ignora prevederile acesteia in activitatea de evaluare a ofertelor.

Astfel, Consiliul apreciază că îi era interzis autorității contractante să stabilească asupra caracterului conform al ofertei asocierii SC ... SRL - ... SRL, în ceea ce privește subiectul în analiză.

Drept urmare, Consiliul reține caracterul legal al deciziei autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei.

Cat privește pretenția autoarei contestației ca autoritatea contractanta sa ii fi cerut clarificări, Consiliul stabilește, pe de o parte, ca subiectul analizat, care a determinat respingerea ofertei, nu face parte din categoria clarificarilor/completarilor la care se refera dispoziția art. 134 lin. (1) din HG nr. 395/2016, iar pe de alta parte, ca nici contestatoarea nu aduce argumente care sa conducă la concluzia ca o atare clarificare ar fi fost necesara in stabilirea caracterului conform al ofertei.

Faptul ca, prin oferta depusa, nu a fost respectata cerința caietului de sarcini privind numărul de agenți ce urmează a presta serviciile de paza este atât evident, cat si susținut prin considerentele din contestație.

Drept urmare, Consiliul găsește de prisos examinarea celorlalte motive pentru care oferta contestatoarei a fost respinsă, caracterul acesteia de oferta inadmisibilă, datorat celor analizate, neputând fi înlăturat.

Consiliul va respinge ca nefondata cererea subsidiara din contestația depusa de SC ... SRL, vizând anularea procedurii de atribuire, deoarece in speță nu se identifica motive de fapt si de drept

pentru care sa fie luata aceasta măsură extrema de remediere a actelor autorității contractante.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL.

În baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea SC ... SRL de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor privind consultanța juridică necesară întocmirii notificării/contestației.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației depusă de SC ... SRL, Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție depusă sunt fondate, astfel încât Consiliul va admite cererea de intervenție depusă de SC ... SRL.

Cererea intervenientei SC ... SRL, de obligare a contestatoarei SC ... SRL la plata cheltuielilor ocazionate de acest demers juridic, va fi respinsa ca inadmisibila, pentru considerentele expuse de Consiliu in examinarea cererii similare a intervenientei vizand contestatia depusa de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ... SRL in contradictoriu cu ....

Anulează actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei SC ... SRL, precum și comunicările ulterioare acesteia.

Obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusa de SC ... SRL.

Încuviințează in principiu si respinge cererea de intervenție depusă de SC ... SRL cu privire la contestația depusă de SC ... SRL.

Respinge excepția tardivității contestației depusă de SC ... SRL, invocata de intervenienta SC ... SRL.

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL, in contradictoriu cu ..., precum si cererea acesteia de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor privind consultanța juridică necesară întocmirii notificării/contestației.

Încuviințează in principiu si admite cererea de intervenție depusă de SC ... SRL cu privire la contestația depusă de SC ... SRL.

Respinge cererile intervenientei SC ... SRL de obligare a celor doua contestatoare plata cheltuielilor ocazionate de aceste demersuri juridice.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

MEMBRU, **MEMBRU,**

... **...**

OPINIE CONCURENTĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie concurentă în ceea ce privește soluționarea contestației depusă de SC ... SRL, obiect al dosarului 3413/2018.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta SC ... SRL pentru motivele arătate acesteia în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, reținem că aceasta a fost luată în faza de verificare a îndeplinirii celor declarate și asumate în DUAE, respectiv faza finală a procedurii de atribuire.

Față de această situație, stabilesc incidența următoarelor dispoziții legale:

- art. 193 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

b) îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţii privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată şi va avea anexat acordul

de subcontractare. Subcontractanţii pe a căror capacităţi se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a), precum şi cele de la alin. (1) lit. b) şi c) care prezintă relevanţă din perspectiva capacităţilor subcontractanţilor pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanţilor pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conţine numai informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a).”

- art. 196 din Legea nr. 98/2016:

„(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, cu excepţia situaţiei contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, 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 şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE, cu excepţia procedurilor desfăşurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitaţiilor pentru etapa a doua către candidaţii selectaţi.”

- art. 170 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica inexistenţa unei situaţii de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167 în legătură cu subcontractanţii propuşi.

(3) În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declaraţia pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situaţiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire.”

Din textele de lege citate, rezultă, pe de o parte, că autoritatea contractantă are obligația de a verifica incidența cazurilor de excludere inclusiv în ceea ce îl privește pe subcontractantul propus, acesta din urmă, fiind ținut la a prezenta DUAE. Așa cum se relevă din prevederile art. 170 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, DUAE ar fi singurul document pe care subcontractantul ar fi obligat să îl prezinte și pe care autoritatea contractantă ar avea sarcina să îl examineze.

Din economia celorlalte texte de lege arătate mai înainte, rezultă că informațiile cuprinse în DUAE este necesar a fi susținute de documente relevante actualizate, pe care ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul ofertelor admisibile (clasament realizat după desfășurarea etapelor de examinare a cuprinsului DUAE, evaluare din punct de vedere tehnic și financiar) trebuie să le prezinte autorității contractante, la cererea acesteia.

Așa cum rezultă din prevederile legale a căror incidență am reținut-o, legiuitorul nu a reglementat în mod expres posibilitatea de solicitare a documentelor suport, în vederea probării celor declarate în DUAE, de către subcontractant.

Văzând incidența cazurilor de excludere, în egală măsură, în ceea ce îl privește pe ofertant, cât și pe subcontractantul acestuia, stabilesc că, în lipsa unei interdicții exprese a legii referitoare la solicitarea documentelor suport adresată subcontractantului, pentru identitate de rațiune, nu poate fi considerată ca nelegală conduita autorității

contractante de a cere prezentarea actelor care susțin cele declarate în DUAE, în ceea ce privește cazurile de excludere incidente subcontractantului, cu atât mai mult cu cât, în fișa de date a achiziției, punctul III.1.1.a) *„Situatia personala a candidatului sau ofertantului”,* se regăsește următoarea Notă: *„Documentele ce reprezinta motive de excludere se solicita ofertantului, ofertantului asociat, subcontractantului, cât și tertului sustinator.”*

Ca urmare, stabilesc drept oportună solicitarea autorității contractante de a-i fi prezentată dovada îndeplinirii obligațiilor de plată de către subcontractul declarat de SC ... SRL.

Sunt de acord cu celelalte considerente ale opiniei majoritare atât în ceea ce privește contestația depusă de SC ... SRL, cât și în ceea ce privește contestația depusă de SC ... SRL.

PREȘEDINTE COMPLET,
...

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.