

**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. ...**

**Data: ..**

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. 35688/07.06.2024, formulată de .... SRL, cu sediul în sat .... cu domiciliul procedural ales în ..., împotriva comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. e-3105/28.05.2024, emisă de către .., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „AC CADRU SERVICII PAZĂ”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .., s-a solicitat admiterea contestației și:

1. Constatarea și declararea de către Consiliu a tuturor criteriilor de selecție impuse la pct. 5 din caietul de sarcini ca fiind clauze considerate nescrise (abuzive), înlăturarea acestora din caietul de sarcini al procedurii și continuarea evaluării cu respectarea principiilor generale enunțate la art. 2 din Legea nr. 98/2016 și, în consecință,

2. Anularea înscrisului comunicare privind rezultatul procedurii de atribuire prin care oferta contestatoarei a fost declarată neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 actualizată și respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 întrucât oferta nu corespunde cerințelor caietului de sarcini, precum și al procesului verbal nr. i-13130/21.05.2024 și a tuturor actelor care s-au succedat acestuia,

3. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa evaluării factorilor de natură tehnică, la emiterea actului prin care se va dispune admisibilitatea și conformitatea ofertei contestatoarei raportat la criteriile analizate de către Consiliu în prezenta contestație,

4. Obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertei câștigătoare .... SRL, având în vedere că nu deține dreptul legal pentru a desfășura activități de intervenție și monitorizare conform dispozițiilor legale în materie, și în consecință declararea acesteia ca ofertă neconformă,

5. În temeiul art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, aprecierea Consiliului ca fiind necesară o reevaluare a indicatorului de risc pentru

această autoritate contractantă cu consecința includerii acesteia în programul de verificare ex ante, având în vedere aspectele de calitate urmărite de legiuitor și afectate în cuprinsul prezentei proceduri, și, în consecință să sesizeze Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP) și Curtea de Conturi cu privire la această procedură,

6. Cu cheltuieli de judecată constând în onorariu avocat, în măsura dovedirii culpei procesuale a autorității contractante.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie, în sprijinul Spitalului Clinic Municipal de Urgență Timișoara, fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC cu nr. 38203/18.06.2024, formulată de .... SRL, cu sediul în municipiul Timișoara, strada Lacului nr. 1, județul Timiș, având CUI 30936016 și număr de înregistrare la Registrul Comerțului J35/2873/2012, reprezentată legal prin administrator Sturz Raluca Cezara și reprezentată convențional prin Cabinetul de Avocat Cristian Faur, sediul procesual ales în municipiul Timișoara, strada Vasile Goldiș nr. 7, ap. 1, județul Timiș, a solicitat:

1. admiterea cererii de intervenție accesorie;
2. respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulată de participantul la procedură .... SRL.

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care .... SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a formulat contestația pentru următoarele considerente:

#### **I. ASPECTE INTRODUCTIVE PRIVIND PROCEDURA**

(1) Autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică în scopul atribuirii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de pază și protecție a bunurilor și valorilor la ....” pentru o perioadă de 24 luni.

(2) Contestatoarea supune atenției Consiliului conținutul documentului contestat care dispune următoarele: *„În conformitate cu prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, prin prezenta vă informăm că în urma evaluării ofertelor depuse la procedura mai sus menționată, oferta depusă de către dvs. a fost declarată NECONFORMA în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, actualizată, și prin urmare, a fost RESPINSĂ în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, actualizată, întrucât oferta **nu corespunde cerințelor caietului de sarcini și experiența similară declarată nu este de***

***minim 5 ani, așa cum s-a cerut în caietul de sarcini, iar polița de asigurare nu a fost prezentată așa cum s-a cerut în caietul de sarcini."***

(3) Au depus oferte următorii operatori economici:

În urma verificării informațiilor din DUAE și din documentele ce îl însoțesc, comisia de evaluare a concluzionat că toate cele 6 societăți au fost admise în această etapă.

(4) În urma evaluării propunerilor tehnice și pe baza informațiilor prezentate de Ofertanți, comisia de evaluare a concluzionat că se impune solicitarea de clarificări tuturor ofertanților.

(5) În urma evaluării răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a concluzionat că ofertele declarate admise sunt doar două: oferta depusă de .... și oferta depusă de .....

(6) Toate celelalte 4 oferte au fost declarate neconforme și respinse în baza aceluiași temei legal invocat, întrucât oferta depusă de către fiecare dintre acești operatori economici nu corespunde cerințelor caietului de sarcini.

(7) La baza acestei soluții adoptate de către autoritate în procesul de evaluare stau cerințele impuse de către autoritate precizate la pct. 5 din caietul de sarcini.

## **II. CONSTATAREA CERINȚELOR IMPUSE LA PCT. 5 DIN CAIETUL DE SARCINI CA FIIND CRITERII DE SELECȚIE CONSIDERATE NESCRISE (ABUZIVE)**

(8) Raportat la cerințele autorității contractante din caietul de sarcini enunțate la pct. 5, contestatoarea apreciază că evaluarea ofertei tehnice depusă de către aceasta este nelegală.

(9) Contestatoarea solicită Consiliului să observe că excluderea ofertei sale și declararea ei ca inadmisibilă, neconformă și necâștigătoare se datorează exclusiv cerințelor impuse prin caietul de sarcini al procedurii.

(10) Analizând dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, *(Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise)* se observă că există o dispoziție prohibitivă care se referă strict la introducerea criteriilor de calificare și selecție în caietul de sarcini, deoarece legiuitorul le-a așezat în mod logic în alte documente respectiv în DUAE și în instrucțiunile către ofertanți/candidați (art. 20 alin. (1) lit. a) din HG nr. 395/2016).

(11) În consecința logico-juridică, în cuprinsul caietului de sarcini, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita cerințe de natură tehnică care să permită îndeplinirea la timp și în mod corespunzător a tuturor obligațiilor contractuale de către ofertanți (art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016).

(12) De asemenea, conform art. 20 alin. (5) „Autoritatea contractantă are obligația de genera electronic DUAE completat cu informațiile solicitate în raport cu criteriile de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire, marcând câmpurile din formular pentru care trebuie prezentate referințe de către operatorii economici, corespunzător respectivelor cerințe, și de a-l atașa în SEAP, împreună cu celelalte documente ale achiziției.”

(13) Analizând documentele acestei proceduri respectiv anunțul de participare nr. CN1067057/29.03.2024, DUAE generat de autoritate, fișa de date a procedurii și caietul de sarcini, se observă că criteriile de selecție ce privesc situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională a ofertanților se regăsesc doar în caietul de sarcini al procedurii.

(14) Legiuitorul a înțeles să sancționeze nerespectarea acestor dispoziții precise prin calificarea ca nelegale a cerințelor de calificare și selecție care sunt prezente doar în caietul de sarcini.

(15) Contestatoarea invocă dispozițiile deciziei civile nr. 682 din 01 octombrie 2019, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

(16) Astfel, contestatoarea apreciază că nu poate fi imputată contestatoarei împrejurarea necontestării cerințelor din documentația de atribuire cu referire la cerințele de selecție în condițiile în care o astfel de cerință constituie potrivit dispozițiilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 clauză nescrisă și care nu poate determina nici verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare și nici al unor clarificări în acest sens, în condițiile în care o astfel de cerință nu a fost menționată în mod expres prin fișa de date/anunțul de participare, ci numai prin caietul de sarcini, iar în raport de obiectul acestei cerințe rezultă că are natura unei cerințe de calificare și de selecție, iar nu a unei cerințe/specificații tehnice în sensul dispozițiilor art. 20 alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 395/2016.

(17) O eventuală apărare autorității contractante că .... SRL nu ar fi contestat în termenul prevăzut de lege fie documentația de atribuire (caietul de sarcini), fie conținutul solicitărilor de clarificări impuse de autoritatea contractantă nu poate determina înlăturarea dispozițiilor art. 30 alin. (4) și alin. (6) din HG nr. 395/2016.

(18) Astfel, atât în jurisprudența instanțelor de contencios administrativ, dar și a CNSC-ului, s-a reținut în mod constant că stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise, este sancționată cu inexistența acestora, fiind irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări/contestării și în acest context *nu poate fi reținută nici eventuala tardivitate a criticilor*, în condițiile în care, altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauză nescrisă al cerinței de calificare, dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal (spre

exemplu, Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018), respectiv că *„o clauză nescrisă se consideră că nu există deloc, de la bun început, și astfel nici nu poate fi analizată și avută în vedere, astfel încât fiind o cauză de ineficacitate, clauza nescrisă nu produce niciun efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există”* (decizia nr. 4880/2015 a Curții de Apel Timișoara).

(19) Potrivit dispozițiilor art. 1255 C.proc. civ. *„Clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat. (2) În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile. (3) Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător și clauzelor care contravin unor dispoziții legale imperative și sunt considerate de lege nescrise”*.

(20) Prin urmare, se reține că invocarea existenței unor clauze nescrise, cu aplicarea specifică din materia achizițiilor publice nu poate fi determinată de respectarea unor termene impuse de lege pentru contestarea documentației de atribuire sau a actelor de solicitare de clarificări comunicate de autoritatea contractantă către ofertanți în condițiile în care scopul unei astfel de reglementări vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind nescrise, neavând relevanță momentul în care este invocată existența unor clauze nescrise în condițiile în care autoritatea contractantă își întemeiază respingerea unei oferte pe existența unor clauze nescrise care deși formal nu sunt incluse în fișa de date/anunțul de participare, totuși conduc la respingerea ca neconformă a ofertei pentru neîndeplinirea acestora.

(21) În același timp, aceste cerințe nu constituie specificații tehnice strict necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului, ci eventual, într-o anumită măsură în legătură cu factorii de evaluare stabiliți pentru acordarea punctajelor fiecăreia dintre oferte, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a menționat, prin anunțul de participare, doar următoarele criterii de selecție:

➤ la pct.III.1.2. Situația economică și financiară cu următorul criteriu de selecție: *„Declarație privind cifra de afaceri medie anuală pe ultimii 3 ani. Se va prezenta Declarație privind cifra de afaceri medie anuală pe ultimii 3 ani doar de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor: bilanțuri contabile sau extrase de bilanț, rapoarte de audit financiar sau alte documente emise de organisme specializate care confirmă nivelul cifrei de afaceri înscris în DUAE (nivel neprecizat în concret în DUAE doar formal în anunț). Documentele trebuie să fie valabile la momentul prezentării”, iar la*

➤ pct. III.1.3. Capacitatea tehnică și profesională, a solicitat „*Certificate emise de organisme independente cu privire la standardele de asigurare a calității Sistemul de Management al calității: Dovada implementării unui sistem de management al calității în conformitate cu ISO 9001 sau echivalent în domeniul obiectului contractului, sau alte documente care probează îndeplinirea cerinței*”.

(22) Revine autorității contractante obligația de a face respectate principiile generale în materia atribuirii contractelor de achiziție publică, inclusiv prin evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii exclusiv prin prisma criteriilor/cerințelor de calificare impuse în mod transparent prin anunțul de participare, iar nu numai în caietul de sarcini, astfel încât să nu impună astfel de cerințe de calificare într-o modalitate netransparentă,

(23) Situație în care constatarea existenței unor astfel de clauze abuzive reprezintă un remediu procesual eficient pentru înlăturarea acestor încălcări și asigurarea respectării principiilor generale enunțate, în condițiile în care cerințele de calificare nu reprezintă cerințe/specificații tehnice ale produselor care constituie obiectul ofertei, ci criterii care determină într-o primă etapă a evaluării admisibilității ofertelor respingerea acestora, care însă nu figurează în anunțul de participare care este publicat la data declanșării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

### **III. NECONFORMITATEA OFERTEI ....**

(25) În fișa de date a fost prevăzut la cap. II.2.5 Criteriul de atribuire al procedurii ca fiind „Cel mai bun raport calitate – preț”.

(26) Factorii de evaluare ai procedurii sunt prețul ofertei, dotări și timpul de intervenție.

(27) Contestatoarea supune atenției Consiliului criteriul de atribuire nr. 3, și anume: TIMPUL DE INTERVENȚIE AL ECHIPEI MOBILE ÎN CAZ DE URGENȚE - exprimat în minute.

(28) Analizând întreaga documentație, se observă că autoritatea nu a solicitat prin anunțul procedurii, fișa de date sau caiet de sarcini ca ofertantul să fie autorizat să presteze activitate de intervenție. Mai mult, aceasta punctează un timp de răspuns la o solicitare de urgență, în condițiile în care art. 97 alin. (1) din Normele de aplicare ale Legii nr. 333/2003 impune ca intervenția să nu depășească 15 minute în localități urbane, iar asta se poate face doar dacă societatea deține un dispecerat propriu sau dacă are un contract cu un asemenea dispecerat.

(29) Pentru a avea dreptul de a presta **servicii de intervenție** rapidă, ofertanții trebuie dețină dreptul legal de a presta servicii de monitorizare și intervenție potrivit prevederilor art. 93 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor, aprobate prin HG nr. 301/2012 potrivit cărora repartizarea echipajelor mobile de intervenție

pe abonați și zone se face prin anexe la regulamentul de organizare și funcționare al dispeceratului de monitorizare a sistemelor de alarmare împotriva efracției. (se depune decizie a CNSC în acest sens).

(30) Art. 1 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 333/2003 dispune: *„Paza obiectivelor, bunurilor, și valorilor și protecția persoanelor prin forțe și mijloace civile se realizează cu sprijinul și sub coordonarea, îndrumarea și controlul Inspectoratului General al Poliției Române și al unităților subordonate, care urmăresc respectarea prevederilor legale în acest domeniu de activitate.”*

(31) Contestatoarea invocă dispozițiile art. 93 alin. (1) și (2) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 333/2003, art. 95 și art. 97 alin. (1) din același act normativ.

(32) Analizând situația înregistrată la Inspectoratul General al Poliției Române, Direcția de Ordine Publică, Situația dispeceratelor de monitorizare a sistemelor de alarmare avizate până la data de 17.05.2024, se poate observa că în județul Timiș sunt autorizate doar 6 societăți pentru a presta servicii de dispecerat, respectiv:

(33) Ori, analizând aceste aspecte mai sus invocate, dar și oferta depusă de către societatea declarată câștigătoare, .... SRL, se observă că aceasta nu deține dreptul legal de a presta servicii de intervenție mobilă în caz de urgență, iar în consecință, nu poate presta acest serviciu în cadrul contractului, în condițiile în care a depus o ofertă individuală, neavând subcontractanți și/sau asociați.

(34) Analizând raportul procedurii nr. E-3104/28.05.2024, sub acest aspect, se observă că societatea declarată câștigătoare a declarat un timp de intervenție de 2,75 de minute obținând un punctaj maxim la componenta tehnică. Important de observat este faptul că acest timp de intervenție este unul nesusținut, având în vedere că societatea nu dispune de un dispecerat propriu și nu deține un subcontractant sau asociat care să susțină acest timp de intervenție declarat în cadrul ofertei.

(35) Contestatoarea arată că a depus în cadrul ofertei un acord de subcontractare nr. 1 din 02.05.2024 încheiat cu societatea .... SRL, aceasta urmând să desfășoare Servicii de monitorizare și intervenție rapidă în cadrul contractului *„Servicii de pază și protecție a bunurilor și valorilor la ....”*, pe o perioadă de 24 de luni, în cazul desemnării ofertei ca fiind câștigătoare la procedura de achiziție publică organizată de .....

(36) Pentru aceste motive, contestatoarea solicită Consiliului să observe nelegalitatea evaluării ofertelor, motiv pentru care se impune obligarea autorității contractante la reevaluarea acestei oferte și declararea acesteia ca neconformă și necâștigătoare.

#### **IV. ÎNCĂLCAREA PRINCIPIILOR NEDISCRIMINĂRII, AL TRATAMENTULUI EGAL ȘI AL PROPORȚIONALITĂȚII ÎN ACHIZIȚIILE PUBLICE**

(37) Prin adresa nr. e- 2882/15.05.2024, autoritatea solicită contestatoarei următoarele:

a. *„Clarificați îndeplinirea cerinței „Experiența în domeniul pazei și protecției instituțiilor publice de minimum 5 ani. (calculați până la data limită de depunere a ofertelor) ca au prestat servicii similare în valoare cumulată de cel puțin 1.215.000,00 lei, fără TVA” prin prezentarea declarației privind lista principalelor prestări de servicii similare în ultimii 5 ani în valoare de cel puțin 1.215.000,00 lei fără TVA*

b. *Prezența Poliței de Răspundere Civilă față de terți, în cazul producerii unor evenimente cauzatoare de daune, din vina prestatorului. Polița de asigurare pentru răspundere civilă profesională cu suma asigurată de minim 500.000,00 lei și cu o perioadă de asigurare valabilă pe toată perioada de valabilitate a acordului cadru deoarece cea depusă de către dvs. nu reiese suma și este valabilă până pe data de 19.01.2025”.*

(38) Prin răspunsul comunicat în termenul legal, contestatoarea a depus lista cu principalele servicii similare, prezentând un număr de 9 contracte, în valoare totală de 14.447.125,30 lei, societatea având o amplă experiență în acest domeniu din 2018.

(39) *Cu privire la polița de asigurare privind răspunderea civilă față de terți, se observă că cerința autorității este ambiguă cu privire la valabilitatea acesteia, respectiv polița ar fi trebuit să fie valabilă pe toată perioada de valabilitate a acordului-cadru, fără ca autoritatea să indice o dată concretă de început și sfârșit, fiecare ofertant estimând un termen propriu de valabilitate, probabil o perioadă cuprinsă între 07.05.2024 (data depunerii ofertelor) și până la data de 07.05.2026. Contestatoarea apreciază că acest aspect încalcă principiile transparenței și proporționalității, nefiind posibilă o evaluare corectă a ofertelor depuse.*

(40) Analizând Raportul procedurii nr. e-3104/28.05.2024, se observă că toate ofertele au necesitat clarificări cu privire la polița de asigurare.

(41) Ofertantul declarat câștigător .... depune inițial o poliță expirată, iar ca urmare a clarificărilor, depune actul adițional nr. 1 și 2 care prevede ca polița se va reînnoi și o declarație pe propria răspundere privind reînnoirea poliței de asigurare civilă, seria G nr. 1076928. Comisia de evaluare a considerat răspunsul concludent, iar oferta admisă.

(42) Ofertantul .... SRL răspunde la solicitarea de clarificări și arată că depune o Declarație pe propria răspundere privind prelungirea poliței de asigurare pe toată perioada de valabilitate a acordului cadru și face precizarea că polițele se eliberează de către asigurator cu valabilitate de

doar 12 luni. Comisia de evaluare a considerat răspunsul concludent, iar oferta admisă.

(43) Ofertantul .... SRL răspunde la solicitarea de clarificări și a arătat că *„în cadrul propunerii tehnice depuse (Propunere tehnică\_partea 1, pag. 18) subscrisa am depus declarația pe propria răspundere privind polița de asigurare prin care ne angajăm că, în cazul declarării ofertei noastre ca fiind câștigătoare, anterior semnării contractului de achiziție publică, în mod irevocabil, vom prezenta o poliță de asigurare privind răspunderea civilă, cu suma asigurată de minim 500.000,00 lei și cu o perioadă de asigurare valabilă pe toata perioada de valabilitate a acordului-cadru”*.

(44) Comisia de evaluare a apreciat că polița de asigurare nu a fost prezentată așa cum s-a cerut în caietul de sarcini, drept urmare, oferta este neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, actualizată, și prin urmare, este respinsă în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, actualizată, întrucât oferta nu corespunde cerințelor caietului de sarcini.

(45) Ulterior comunicării de către autoritate a rezultatului procedurii prin care oferta contestatoarei a fost declarată neconformă și, în consecință, respinsă, aceasta susține că a studiat dosarul de achiziție publică și a găsit o serie de nereguli în procesul de evaluare efectuat de către comisia de evaluare.

(46) Din analiză succintă a dosarului, contestatoarea a constatat că mai mulți ofertanți și-au declarat ofertele confidențiale inclusiv .... SRL, însă în raport nu s-a precizat nimic despre acest aspect, iar la solicitarea petentei de a i se pune la dispoziție spre studiu actele ofertei declarate câștigătoare, aceasta a primit un refuz în acest sens, motivându-se confidențialitatea acesteia, fără să se consemneze acest aspect în actele procedurii.

(47) Observând că autoritatea contractantă aplică discreționar dispozițiile legale în evaluarea ofertelor cu încălcarea principiilor care stau la baza întregii legislații privind achizițiile publice, contestatoarea apreciază că aceasta e necesar a fi reevaluată din perspectiva ANAP și inclusă în categoria de risc cel mai mare care să permită ANAP includerea acesteia în programul de verificare prevăzut la art. 7 alin. (3) din OUG nr. 98/2017 raportat la art. 3 alin. (5) lit. c) și art. 3 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare a OUG nr. 98/2017.

## **V. CU PRIVIRE LA SOLICITAREA CONTESTATOAREI DE SESIZARE DE CĂTRE CNSC A AGENȚIEI NAȚIONALE PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE (ANAP) ȘI A CURȚII DE CONTURI**

(48) Contestatoarea invocă dispozițiile art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, care dispun că: *„În situația în care, în cursul soluționării contestației, Consiliul apreciază că, în afară de actele atacate de contestator, există alte acte care încalcă prevederile legislației în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale sau concesiunilor, după caz, și la*

*care nu s-a făcut referire în contestație, sesizează atât Agenție Națională pentru Achiziții Publice, denumită în continuare ANAP, și Curtea de Conturi și transmite în acest sens toate datele și/sau documentele relevante în susținerea sesizării, cât și autoritatea contractantă.”*

(49) Art. 7 alin. (3) din OUG nr. 98/2017 dispune: „Metodologia de selecție trebuie să asigure realizarea controlului prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. a) pentru un procent de maximum 10% din totalul procedurilor de atribuire ce pot face obiectul controlului ex ante conform art. 6 alin. (3), aferente contractelor/acordurilor-cadru cu o valoare estimată mai mare decât pragul valoric stabilit de legislație pentru realizarea achiziției directe, cu accent pe acelea aferente contractelor ce se încadrează în categoriile cu riscul cel mai mare, așa cum vor fi definite prin normele metodologice de aplicare a prezentei ordonanțe de urgență.”

(50) Observând nerespectarea dispozițiilor legale în domeniul achizițiilor publice, se impune analizarea de către reprezentanții ANAP a aspectelor de calitate definite conform art. 2 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 98/2017 și ale art. 4 alin. (3) din Normele de aplicare ale OUG nr. 98/2017.

(51) De asemenea, observând modul defectuos privind aplicarea principiului tratamentului egal în aplicarea criteriilor de selecție și în procesul de stabilire a ofertelor declarate admisibile și câștigătoare, contestatoarea solicită Consiliului să aprecieze ca fiind necesar o reevaluare a indicatorului de risc pentru această autoritate contractantă și includerea acesteia în programul de verificare având în vedere aspectele de calitate invocate în cuprinsul prezentei proceduri.

(52) De asemenea, contestatoarea solicită Consiliului să observe și să sancționeze toate aspectele de nelegalitate observate în procedura contestației.

(53) Raportat la motivele invocate în prezenta contestație, .... SRL solicită Consiliului să admită contestația așa cum este formulată.

Contestatoarea a depus, atașat contestației dovada cheltuielilor de judecată (FF CAMM\_122\_402/03.06.2024 în valoare de 7464,15 lei și OP Raiffeisen Bank reprezentând plata aferentă facturii).

În drept, au fost invocate prevederile legale din cuprinsul prezentei contestații.

În probatoriu, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. e-3335/11.06.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36478/11.06.2024, autoritatea contractantă ... a transmis „Punct de vedere” prin intermediul căruia solicită respingerea contestației formulată de către .... SRL, ca tardivă, nefondată și neîntemeiată, și totodată, respingerea solicitării ofertantului de obligare a autorității contractante la achitare contravalorii cheltuielilor de judecată prilejuite de formularea prezentei contestații pentru următoarele motive:

În fapt, .. a organizat procedura mai sus menționată, publicând în SEAP anunțul de participare nr. ..

Referitor la critica contestatoarei de la pct. II din contestație, autoritatea contractant precizează faptul că, contestarea caietului de sarcini se face în termen de 10 zile de la publicarea procedurii în SEAP, respectiv până în data de 08.04.2024, astfel în momentul de față contestația este tardivă, conform prevederilor art. 8 lit. a) 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 National de Soluționare a Contestațiilor.

Autoritatea contractantă consideră faptul că prezenta contestație este tardiv introdusă, respectiv anunțul a fost publicat în data de 29.03.2024, iar termenul 10 zile s-a împlinit în data de 08.04.2024.

Referitor la solicitarea anulării comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire prin care oferta .... SRL a fost declarată neconformă, autoritatea contractantă susține faptul că, atât timp cât contestarea caietului de sarcini este tardivă rezultă faptul că solicitarea de anulare a înscrisului comunicare privind rezultatul procedurii de atribuire și prin care oferta .... SRL a fost declarată neconformă în baza art. 137 alin. (3). lit. a) din HG nr. 395/2016 actualizată și respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 întrucât oferta nu corespunde cerințelor caietului de sarcini, precum și procesului verbal nr. i-13130/21.05.2024 și a tuturor actelor care s-au succedat acestuia, sunt rămase fără obiect.

Având în vedere prevederile art. 8 alin. (1), lit. a) respectiv tardivitatea contestării caietului de sarcini, autoritatea contractantă susține că nu poate fi obligată la verificarea evaluării de natură tehnică implicit la emiterea altor documente.

Referitor la solicitarea contestatoarei adresată Consiliului, aceea de a obliga autoritatea contractantă să reanalizeze oferta câștigătoare .... SRL, achizitoarea precizează faptul că, oferta depusă de către ofertantul .... SRL a fost declarată admisă, conform adresei nr. E-3105/28.05.2024, deoarece a îndeplinit toate criteriile/cerințele impuse în caietul de sarcini.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă menționează faptul că, .... SRL a depus contractul de colaborare nr. 1731 din data de 01.02.2024, încheiat între .. SRL, în calitate de prestator și .... SRL în calitate de beneficiar, având ca obiect punerea la dispoziție de către prestator beneficiarului, a dispeceratului propriu de monitorizare sisteme de alarmă, avizat de M.A.I. și asigurarea intervenției la obiectivele cu pază umană ale beneficiarului final, A..SA Timișoara și .. la solicitarea agenților de securitate din posturile de pază, pentru o perioadă de 24

luni, prelungindu-se automat cu aceeași perioadă de timp cu care beneficiarul final .. SA Timișoara și .o încheie cu beneficiarul .... SRL.

Din Declarația pe proprie răspundere cu privire la timpii de intervenție și punerea la dispoziție a mijloacelor de transport rezultă, de asemenea, faptul că nu vor fi facturate servicii de monitorizare și intervenție separat, acestea fiind incluse în prețul per oră/agent conform propunerii financiare depuse.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că, în mod corect ofertantul .... SRL a fost declarat câștigător.

Referitor la solicitarea contestatoarei de la pct. V. din contestație, achizitoarea susține că a procedat în mod corect și legal, atât la inițierea procedurii, în timpul derulării prezentei proceduri, toate documentele fiind conform Legii nr. 98/2016, privind achizițiile publice, a HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, neaplicându-se prevederile art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Pentru considerentele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de ofertantul .... SRL, ca tardivă, nefondată și neîntemeiată și totodată la respingerea cheltuielilor de judecată prilejuite de formularea contestației.

În situația în care Consiliul va trece peste apărările formulate de autoritatea contractantă la prezenta contestație, aceasta solicită să se procedeze la reducerea cuantumului cheltuielilor de judecată potrivit dispozițiilor art. 451 alin. (2) din C.proc.civ, dacă va fi cazul.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, ale Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 37426/14.06.2024, contestatoarea a transmis „Răspuns la întâmpinare” solicitând Consiliului să respingă apărările formulate de către autoritatea contractantă ca nelegale și netemeinice și, pe cale de consecință, să admită contestația formulată.

Analizând punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, contestatoarea constată că aceasta nu formulează veritabile apărări, înțelegând să invoce excepția tardivității pentru petitele 1-3 din contestație, invocând dispozițiile art. 8 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016.

În concret, achizitoarea susține că .... SRL contestă în fapt o documentație de atribuire, și nu procesul de evaluare, însă fără a face vreo referire la susținerile și dispozițiile legale invocate de către petentă cu privire la clauzele declarate nescrise, așa cum le definește legiuitorul în cuprinsul art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, („Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în

documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”).

Așa cum s-a arătat în cuprinsul contestației, atât în jurisprudența instanțelor de contencios administrativ, dar și a CNSC-ului, s-a reținut în mod constant că stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise, este sancționată cu inexistența acestora.

Contestatoarea invocă Decizia CNSC nr. 1003/C1/928/03.05.2023, decizia civilă nr. 682 din 01 octombrie 2019 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal și Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018.

Efectuând o analiză sistematică a textului legal prevăzut în art. 12551 cu denumirea marginală „nulitate parțială”, se observă că aceasta este amplasată în secțiunea privind nulitatea contractului și în capitolul efectele nulității fiind o noutate sub aspect legislativ reglementate de noul cod civil.

„Nulitatea parțială este reglementată prin interpretarea a contrario a dispozițiilor aliniatului 1, potrivit căreia nulitatea este în principiu parțială desființând numai una sau nu sau mai multe clauze ale contractului cu menținerea acelor clauze care nu contravin legilor imperative, (...) potrivit aceleiași concepții, nulitatea parțială este considerată regula, iar nulitatea totală excepția” (Liviu Pop, Obligațiile, volumul II, pagina 446).

„Reglementarea nulității parțiale este completă prin instituirea regulii de înlocuire a clauzelor nule precum și a celor reputate nescrise cu dispozițiile legale aplicabile. Admițând nulitatea parțială, legiuitorul nu obligă părțile la introducerea unor clauze noi valabile corespunzătoare celor nule, ci consideră contractul în mod automat întregit prin transpunerea fictivă în contract a dispozițiilor legale aplicabile. Se observă același regim pentru clauzele nule și pentru cele considerate nescrise datorită naturii lor comune și mai ales efectelor juridice practic identice, conchide contestatoarea. Soluțiile legislative de consacrare de principiu a nulității parțiale precum și de înlocuire a clauzelor nule/considerate nescrise cu dispozițiile legale aplicabile sunt fundamentate pe principiul asigurării securității circuitului civil prin intermediul salvagădării contractului acesta menținându-se în proporția în care nu contravine dispozițiilor legale.” (Noul Cod Civil - Comentariu pe articole, Flavius-Antoniou Baiaș, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei, Ed. C.H.Beck, pag. 1015-1016).

În consecință, raportat la speța supusă judecății, se observă că înscrisul afectat de încălcarea unor dispoziții legale imperative este caietul de sarcini, dar nu în totalitatea lui, ci doar partea care vizează criterii de calificare și selecție care nu sunt menționate în anunțul procedurii sau în fișa de date. Sancțiunea încălcării dispozițiilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 este considerarea lor ca fiind nescrise, fiind

eliminate din caietul de sarcini si fără a fi luate în considerare în procesul de evaluare.

Având în vedere că această încălcare contravine unei dispoziții precis reglementată de lege (art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016), iar interesul ocrotit este unul general, contestatoarea apreciază că efectul nulității parțiale este ineficacitatea clauzelor reputate ca fiind nescrise, iar remediul juridic este, așa cum dispune alin. (2) al art. 1255 NCC, menținerea în parte (a actului), desființarea clauzelor nescrise și înlocuirea lor cu dispozițiile legale aplicabile.

Observând că sancțiunea aplicabilă unei clauze reputată ca fiind nescrisă operează de drept, raportat la practica judiciară privind nulitatea parțială în contextul achizițiilor publice, contestatoarea apreciază că invocarea încălcării dispozițiilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 poate fi făcută oricând, motiv pentru care solicită Consiliului respingerea excepției privind tardivitatea invocate de către intimata autoritate contractantă.

Cu privire la răspunsul autorității contractante în ceea ce privește petitul numărul 4, contestatoarea solicită Consiliului să observe că intimata precizează că societatea câștigătoare .... SRL a depus contractul de colaborare numărul 1731 din 01.02.2024, încheiat cu . având ca obiect punerea la dispoziție de către prestator a dispeceratului propriu de monitorizare sisteme de alarmă avizat de . și asigurarea intervenției la obiectivele cu pază umană ale beneficiarului final .. și . la solicitarea agenților de securitate din posturile de pază pe o perioadă de 24 de luni, motiv pentru care autoritatea contractantă a apreciat că ofertantul .... SRL a fost declarat în mod corect câștigător.

Fără a reitera critica .... SRL privitor la calitatea îndoielnică a acestui furnizor de servicii în derularea acestui contract, cu încălcarea dispozițiilor legale, într-o speță similară, petenta a invocat punctul de vedere constant al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice 2 care dispune că: „Din analiza prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) și lit. yy) din Legea nr. 98/2016 și respectiv, ale art. 3 alin. (1) lit. y) și zz) din Legea nr. 99/2016, rezultă că „furnizorul” este entitatea care furnizează produse/prestează servicii către contractant, iar „subcontractantul” execută/furnizează părți sau elemente ale lucrărilor/construcției ori îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului, răspunzând de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.”

Prin urmare, subcontractantul îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractantul principal și autoritatea/entitatea contractantă, fiind implicat în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului.

Spre deosebire de subcontractant, „furnizorul” doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din

acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.”

În susținerea argumentelor sale, contestatoarea invoca și Decizia nr. 712 din 24.07.2023 atașată prezentei, a Curții de Apel Timișoara, Secția Contencios Administrativ Și Fiscal, pag 52.

Raportat la reglementările legale în vigoare invocate supra, precum și la jurisprudența națională atât a Consiliului cât și a Curților de Apel, contestatoarea apreciază că, în realitate, ofertantul declarat câștigător a încercat eludarea dispozițiilor legale cu privire la prezentarea documentelor de calificare de către subcontractant, și prezentându-l pe acesta, în aparență, ca fiind un colaborator care declară că pune la dispoziția beneficiarului servicii care fac parte din obiectul contractului, în Realitate, executând efectiv parte din obiectul contractului.

Consecința eludării acestor dispoziții legale este declararea acestei oferte ca fiind neconforme și nu câștigătoare, așa cum în mod nelegal a fost declarată.

Pentru motivele invocate în acest răspuns raportat la dispozițiile legale cât și la jurisprudența națională și europeană, contestatoarea solicită Consiliului respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă și pe cale de consecință admiterea contestației așa cum aceasta a fost formulată.

În drept, au fost invocate prevederile legale invocate în cuprinsul prezentei.

În probatoriu, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție înregistrată la CNSC cu nr. 38203/18.06.2024, .... SRL a solicitat Consiliului să dispună cele solicitate în partea introductivă a deciziei, având în vedere următoarele motive:

#### **I. Argumentele principale ale contestatoarei:**

Oferta asumată de contestatoare a fost declarată neconformă deoarece acesta nu a reușit să facă dovada îndeplinirii a două criterii de selecție: (i) nu a făcut dovada experienței similare de 5 ani și (ii) nu a prezentat o poliță de asigurare, ambele criterii fiind stabilite în cuprinsul caietului de sarcini.

Prin contestația formulată, contestatoarea invocă, în esență, două argumente principale, respectiv:

a) că cele două criterii de selecție care au dus la declararea ca neconformă a ofertei WBC BWST GUARD SRL sunt cuprinse doar în caietul de sarcini și trebuie să fie considerate clauze nescrise;

b) că oferta intervenientei, declarată câștigătoare, este neconformă deoarece societatea .... SRL nu este autorizată să presteze servicii de dispecerat și că nu ar fi făcut dovada faptului că ar avea vreun asociat sau subcontractant care să îi asigure servicii de dispecerat.

#### **II. Tardivitatea criticilor cu privire la conținutul caietului de sarcini:**

Contestarea caietului de sarcini trebuia să aibă loc în 10 zile de la publicarea procedurii, respectiv în 10 zile de la data de 08.04.2024, conform art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

La acest moment, după declararea câștigătorului în procedură, este tardivă formularea de critici cu privire la caietul de sarcini. Operatorul economic contestator a participat la procedură în cunoștință de cauză, neformulând nici o obiecție cu privire la caietul de sarcini.

Nemulțumirile acestui ofertant au apărut abia la finalul procedurii, după ce oferta sa a fost declarată ca fiind neconformă.

Eventuala eliminare a tuturor criteriilor de selecție ar aduce autoritatea în situația de a nu avea nici o garanție cu privire la capacitatea viitorului ofertant declarat câștigător de a duce la bun sfârșit obligațiile asumate prin încheierea contractului de servicii de pază. O astfel de conduită ar aduce atingere principiului satisfacerii interesului public, reglementat de art. 10 din Codul administrativ.

Intervenienta susține că nu are rost să sublinieze importanța serviciilor de pază pentru o unitate spitalicească de dimensiunea . și impactul negativ pe care l-ar avea atribuirea contractului de pază în lipsa unor criterii de selecție care să facă diferența între ofertanți și care să ofere garanția faptului că ofertantul selectat va putea duce la bun sfârșit activitatea încredințată.

### **III. Lipsa de interes a contestatoarei (doar dacă criticile privitoare la caietul de sarcini sunt tardive):**

În raport cu tardivitatea invocată, se impune respingerea contestației în ceea ce privește petitele referitoare la cerințele din caietul de sarcini și, totodată, intervenienta solicită Consiliului să constate că, raportat la caracterul neconform al ofertei contestatoarei, orice observație privitoare la o altă ofertă depusă în procedură apare ca fiind formulată de către o contestatoare lipsită de interes.

### **IV. Oferta .... SRL este conformă:**

Deși intervenienta apreciază că nu este necesară analiza fondului contestației, contestația fiind tardivă/lipsită de interes, .... SRL prezintă, în mod succint, apărările referitoare la conformitatea ofertei sale.

Contestatoarea susține că intervenienta nu poate îndeplini criteriul timpului de intervenție deoarece nu deține un dispecerat propriu și că a formulat o ofertă individuală, fără subcontractanți sau alți asociați.

Acest argument este susținut fără însă ca operatorul economic contestator să fi văzut documentația intervenientei, aceasta fiind confidențială. După cum se poate observa, între intervenientă și societatea .... există încheiat un contract de colaborare, prin care acest colaborator pune la dispoziția intervenientei dispeceratul deținut. Societatea colaboratoare este un furnizor de servicii, astfel cum este această noțiune definită de prevederile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016. Colaborarea se realizează în mod gratuit și este valabilă pe toată perioada de desfășurare a serviciilor de pază de către .... SRL în

beneficiul autorității contractante, aspect stipulat în mod expres în contractul de colaborare.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8, 10 și 26 din Legea nr. 101/2016, precum și cele din cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 366/11.06.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 36953/12.06.2024, .... SRL a transmis recipisa de consemnare nr. 210297520/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Timișoara la data de 11.06.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 48.600,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. **1980/2024**.

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

.... a organizat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „AC CADRU SERVICII PAZĂ”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1067057/29.03.2024.

Valoarea estimată a achiziției este de 4.860.000,00 lei, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Potrivit Procesului-verbal nr. i-11912/08.05.2024 al ședinței de vizualizare a ofertelor, până la termenul limită au depus oferte un număr de 6 operatori economici. În urma evaluării ofertelor, comisia de evaluare a respins oferta depusă de .... S.R.L., aceasta fiind declarată neconformă, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, fiind declarat câștigător .... S.R.L., toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. e-3104 din 28.05.2024.

În calitate de participant la procedură, .... S.R.L. a primit adresa privind comunicarea rezultatului procedurii, înregistrată sub nr. e-3105 din 28.05.2024, în care autoritatea contractantă a menționat că oferta acestuia a fost declarată neconformă, deoarece:

- experiența similară declarată nu este de minim 5 ani așa cum s-a cerut în caietul de sarcini,
- polița de asigurare nu a fost prezentată așa cum s-a cerut în caietul de sarcini.

Fiind nemulțumit de această decizie a autorității contractante, .... S.R.L. a formulat prezenta contestație.

Cu privire la cererea de intervenție din data de 17.06.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 38203/18.06.2024, formulată de .... SRL, Consiliul constată că a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [„(3) *Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor*

*Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație”], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 07.06.2024, contestația formulată de .... SRL, astfel că termenul limită de depunere a unor astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 17.06.2024 (inclusiv). Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție, transmisă Consiliului, contestatorului și autorității contractante prin mijloace electronice (e-mail), la data de 17.06.2024, a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.*

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61, art. 62, art. 63, art. 64, art. 65, art. 66 și art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost formulată.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestatoarei, invocată de intervenient, Consiliul o va respinge întrucât în cadrul contestației se critică oferta poziționată pe locul 1 în clasamentul final, iar în situația în care criticile contestatoarei ar fi apreciate de CNSC ca întemeiate și s-ar dispune reevaluarea ofertei depusă de .... SRL, .... SRL ar avea șansa de a i se atribui prezentul acord cadru.

Pe fondul cauzei, preliminar analizării aspectelor sesizate de .... SRL, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru contestatoare. La acest moment nu pot fi formulate critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin HG nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu. Astfel, cum un contract constituie legea părților și documentația de atribuire, însoțită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru ofertanți și

autoritatea contractantă, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa unei autorități contractante că analizează ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Având în vedere principiul disponibilității, limitele contestației au fost stabilite de contestatoare, completul de soluționare fiind ținut de contestația primită, neputându-și depăși limitele deoarece obligația sa este aceea de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, în speță, cu analizarea celor 2 motive de respingere a ofertei contestatoarei menționate în Raportul procedurii nr. e-3104 din 28.05.2024 și în adresa nr. e-3105 din 28.05.2024, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii.

Referitor la criticile contestatorului privind motivele de respingere a ofertei sale, Consiliul reține că cerințele privind experiența similară și prezentarea unei polițe de răspundere civilă nu se regăsesc în anunțul de participare și fișa de date, ci doar în caietul de sarcini, la pct. 5 – Cerințe impuse, respectiv:

*„5.2 Experiența în domeniul pazei și protecției instituțiilor publice de minimum 5 ani. (calculați până la data limită de depunere a ofertelor) ca au prestat servicii similare în valoare cumulată de cel puțin 1.215.000,00 lei, fără TVA. (...)*

*5.7 Prezentarea unei Polițe de Răspundere Civilă față de terți, în cazul producerii unor evenimente cauzatoare de daune, din vina prestatorului. Polița de asigurare pt raspundere civila profesională cu suma asigurată de minim 500.000,00 lei și cu o perioadă de asigurare valabilă pe toată perioada de valabilitate a acordului cadru.”*

Conform art. 30 din HG nr. 395/2016:

*„(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.*

*(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.”*

Având în vedere aceste prevederi legale, Consiliul consideră că aceste cerințe din caietul de sarcini nu pot fi luate în considerare în etapa de evaluare a ofertelor, deci nu pot fi motive de respingere a unei oferte.

În legătură cu aceste cerințe din caietul de sarcini, prin adresa nr. e-2882/15.05.2024, autoritatea contractantă a solicitat clarificări, respectiv:

*„- Clarificati îndeplinirea cerinței Experiența în domeniul pazei și protecției instituțiilor publice de minimum 5 ani. (calculați până la data limită de depunere a ofertelor) ca au prestat servicii similare în valoare cumulată de cel puțin 1.215.000,00 lei, fără TVA prin prezentarea declarației privind lista principalelor prestări de servicii similare în ultimii 5 ani în valoare de cel puțin 1.215.000,00 lei fără TVA*

*- Prezentați Polița de Răspundere Civilă față de terți, în cazul producerii unor evenimente cauzatoare de daune, din vina prestatorului. Polița de asigurare pentru răspundere civilă profesională cu suma asigurată de minim 500.000,00 lei și cu o perioadă de asigurare valabilă pe toată perioada de valabilitate a acordului cadru, deoarece cea depusă de către dvs nu reiese suma și este valabilă până pe data de 19.01.2025.”*

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 270 din 17.05.2024, depunând lista cu principalele servicii similare, prezentând un număr de 9 contracte, în valoare totală de 14.447.125,30 Ron.

Ofertantul .... SRL, în răspunsul la solicitarea de clarificări, a arătat că *„în cadrul propunerii tehnice depuse (Propunere tehnică partea 1, pag. 18) subscrisa am depus declarația pe propria răspundere privind polița de asigurare prin care ne angajăm că, în cazul declarării ofertei noastre ca fiind câștigătoare, anterior semnării contractului de achiziție publică, în mod irevocabil, vom prezenta o poliță de asigurare privind răspunderea civilă, cu suma asigurată de minim 500.000,00 lei și cu o perioadă de asigurare valabilă pe toată perioada de valabilitate a acordului-cadru”.*

În loc să analizeze aceste documente, autoritatea contractantă respinge oferta pe motivele menționate mai sus.

Raportat la cerințele autorității contractante din caietul de sarcini (pct. 5), Consiliul apreciază că evaluarea propunerii tehnice depusă de către contestator este nelegală.

Introducerea criteriilor de calificare și selecție în caietul de sarcini este eronată, deoarece legiuitorul le-a așezat, în mod logic, în alte documente.

Atât în jurisprudența instanțelor de contencios administrativ, dar și a CNSC-ului, s-a reținut, în mod constant, că stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise, este sancționată cu inexistența acestora, fiind irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări.

Consiliul reține că, prin natura sa, experiența similară, solicitată prin caietul de sarcini, reprezintă un înscris de natura celor prevăzute la art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre*

următoarele informații și documente: (...) b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă”, coroborat cu art. 172 alin. (1) lit. c) din același act normativ, potrivit căruia: „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la: (...) c) capacitatea tehnică și profesională”.

De asemenea, Consiliul reține drept relevante în soluționare prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: „**Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare**”, prevederile art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care stabilesc faptul că **locul în care trebuie menționate criteriile de calificare** impuse de către autoritatea contractantă **este anunțul de participare/simplificat/de concurs**, iar potrivit alin. (6) al aceleiași norme juridice: „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

Or, câtă vreme autoritatea contractantă nu a impus prin anunțul de participare vreo cerință de calificare privind experiența similară și prezentarea unei polițe de răspundere civilă, rezultă că ofertanții nu aveau obligația demonstrării acestor cerințe, în calitate de ofertant/ofertant asociat/subcontractant, iar autoritatea contractată nu avea obligația verificării acestor aspecte, pe parcursul evaluării ofertelor depuse de aceștia, și, pe cale de consecință, nici temei legal de respingere a acestor oferte, în lipsa acestor documente.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind motivele de respingere a ofertei sale.

În ceea ce privește criticile autoarei contestației referitoare la faptul că ofertantul câștigător nu este autorizat să presteze servicii de intervenție rapidă, Consiliul constată următoarele:

Din verificarea documentației de atribuire, Consiliul reține că în cadrul Caietului de sarcini, autoritatea contractantă a precizat că:

„3. Timp de intervenție 20 % 20 puncte  
3.TIMPUL DE INTERVENTIE AL ECHIPEI MOBILE ÎN CAZ DE URGENȚE -  
exprimat in minute .

Pondere: 20 % (din totalul de 100 %)

Punctaj maxim: 20 puncte (din totalul de 100 puncte)

DESCRIERE: Pentru cotarea acestui factor de evaluare, ofertanții vor prezenta într-un tabel, în propunerea tehnică, valoarea timpilor de

*intervenție la fiecare unitate nominalizată în caietul de sarcini. Tabelul va fi însoțit de fundamentarea fiecarui timp din tabel prin precizarea locului de staționare a echipei de intervenție, lungimea traseului de parcurs până la obiectiv.”*

Analizând propunerea tehnică a ofertantului desemnat câștigător, Consiliul constată că în cadrul acesteia, se regăsesc următoarele documente relevante în analiza prezentei contestații:

- un tabel cu timpii de intervenție;
- Declarația reprezentantului legal a societății .... SRL referitoare la faptul că societatea deține un contract de colaborare privind monitorizarea și intervenția cu societatea .... SRL;
- contract de colaborare nr. 1731 din 01.02.2024 încheiat între .... SRL și .... SRL.

Din aceste documente rezultă că la data limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă a luat la cunoștință de faptul că activitatea de monitorizare și intervenție va fi realizată de un alt operator economic, respectiv societatea .... SRL.

În raport de criticile contestatoarei, este esențial faptul că:

- autoritatea contractantă a cunoscut că activitatea de monitorizare și intervenție va fi realizată de un alt operator economic, respectiv societatea .... SRL;
- relația contractuală dintre .... SRL (prestator) și .... SRL este anterioară depunerii ofertei în cadrul prezentei proceduri de atribuire, primul prestând activități de monitorizare și intervenție pentru ofertantul desemnat câștigător în alte contracte.

Având în vedere că timpul de intervenție este factor de evaluare, pentru a fi luat în considerare de autoritatea contractantă, .... SRL trebuie să aibă calitate în procedură, de la data depunerii ofertei, respectiv ofertant-asociat, subcontractant sau terț susținător. Astfel, declararea de către societatea câștigătoare a unui timp de intervenție de 2,75 de minute obținând un punctaj maxim la componenta tehnică, nu poate fi apreciată ca relevantă, din moment ce nu este asumat de .... SRL, firma care prestează acest serviciu.

Mai mult, deși .... SRL depune toate declarațiile solicitate în documentația de atribuire (declarații că nu se încadrează în prevederile art. 59, 60, 164, 165 și 167 din prevederile Legii nr. 98/2016, nu rezultă a avea vreo calitate în cadrul acestei proceduri, nefiind declarat participant în procedură.

Consiliul mai reține că și contractul de colaborare prezentat în cadrul procedurii, încheiat .... SRL (prestator) și .... SRL, cu nr. 1731/01.02.2024, nu privește **această procedură**, deoarece la data semnării lui, procedura nu era inițiată, ci, cel mult, are legătură cu un contract anterior, dacă acest ofertant este cel care prestează în prezent, serviciile de pază.

Există o suspiciune rezonabilă că acest contract a fost întocmit *pro causa*, pentru a justifica termenul de intervenție oferat, în vederea obținerii punctajului maxim, iar autoritatea contractantă trebuie să verifice acest aspect.

Consiliul mai observă că documentele propunerii tehnice nu sunt asumate de .... SRL, astfel că ofertantul .... SRL nu poate primi punctaj pe activități ale contractului care nu sunt asumate de prestatorul efectiv.

Este real că legislația nu stabilește, contrar susținerilor contestatoarei, ca ofertanții să prezinte subcontractanți pentru toate activitățile contractului (a se vedea, în acest sens, Cauza C-403/21 NV Construct), dar în situația în care activitatea prestată conduce la obținerea punctajului, trebuie să existe o implicare a operatorului în procedură, iar termenul oferat în baza căruia se obține punctaj, trebuie asumat de acest operator.

Consiliul reține că, potrivit propunerii tehnice a ofertantul .... SRL, se folosesc resursele .... SRL la ambii factori de evaluare ai componentei tehnice:

**„Dotări** Componenta tehnică 40 %

*Invers proporțional Punctaj maxim total 40 puncte*

*Algoritm de calcul: Se acordă de către comisia de evaluare pe baza aprecierii obiective, raportate la prevederile caietului de sarcini. Ofertantul care prezintă o lista cu cel mai mare număr de mijloacele de transport, care fac parte din dotarea societății și care vor fi utilizate în relația contractuală cu autoritatea contractantă, primește punctajul maxim acordat dotărilor, adică 40 de puncte, iar celelalte oferte primesc punctajul rezultat în urma calculării cu formula: Punctaj dotări ofertant curent = (Nr. mașini al ofertantului curent x 40)/ Nr. mașini maxim oferate.*

**TIMPUL DE INTERVENȚIE AL ECHIPEI MOBILE ÎN CAZ DE URGENȚE** - exprimat în minute Componenta tehnică 20 %

*Invers proportional Punctaj maxim total 20*

*Algoritm de calcul: Pentru cotarea acestui factor de evaluare ofertanții vor prezenta într-un tabel, în propunerea tehnică, valoarea timpilor de intervenție la fiecare unitate nominalizată în caietul de sarcini. Tabelul va fi însoțit de fundamentarea fiecărui timp din tabel prin precizarea locului de staționare a echipei de intervenție, lungimea traseului de parcurs până la obiectiv.*

*Astfel: - A. pentru cel mai mic timp de intervenție, calculat ca medie a timpilor de interventie la fiecare obiectiv nominalizat, se acordă punctajul maxim 20 puncte - B. pentru alt timp declarat mai mare punctajul se calculează astfel: Punctaj timp interv. curent = ( timpul mediu cel mai mic x 20 ) / Timpul mediu interv. Curentă - C timpii de interventie mai mari de 10 min se punctează cu 0 puncte”.*

Văzând că fără implicarea acestui operator nu s-ar putea obține punctajul maxim, la cei doi factori de evaluare, Consiliul reține că este necesară reevaluarea ofertei câștigătoare.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul va admite critica autoarei contestației referitoare la evaluarea ofertei câștigătoare.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că ofertantul declarat câștigător nu are capacitatea de a realiza obiectul contractului, deoarece nu deține un dispecerat propriu pentru efectuarea serviciilor de monitorizare și intervenție în conformitate cu HG nr. 301/2012, Consiliul o va respinge ca nefondată, deoarece prin documentația de atribuire nu s-a impus o astfel de cerință de calificare privind capacitatea tehnică, ci suntem în prezența unei cerințe aferente caietului de sarcini conform căreia ofertantul trebuie să dovedească faptul că va asigura serviciul de monitorizare și intervenție. Așa cum s-a arătat și cum a reținut Consiliul mai sus, .... SRL a dovedit îndeplinirea acestei cerințe, prin firma .... SRL, iar autoritatea contractantă trebuie să reevalueze oferta cu privire la calitatea acestui ofertant.

Luând în considerare aspectele anterior menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de .... SRL, în contradictoriu cu .... și va anula raportul procedurii și actele subsecvente acestuia.

Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertelor depuse de contestatoare și .... SRL cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Având în vedere cele stabilite, în temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, Consiliul va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de .... SRL.

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

### **CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de .... SRL, în contradictoriu cu .... și anulează raportul procedurii și actele subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertelor depuse de contestatoare și de .... SRL, cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de .... SRL.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.