
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 cu nr. 1529/19.04.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20361/20.04.2022, formulată de către ... S.R.L., cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva rezultatului procedurii de achiziție sectorială organizată de către ... S.A., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, desfășurată prin procedură proprie, în vederea încheierii contractului de servicii, având ca obiect „*Servicii de pază și protecție fizică umană*”, se solicită anularea comunicării cu nr. 101.1/1649/14.04.2022, constatarea suspendării de drept a efectelor Deciziei CNSC nr. ... până la soluționarea definitivă a plângerii formulate împotriva acesteia, repunerea ... S.R.L. în termenul și dreptul de a transmite clarificări privind oferta tehnică și financiară de la data pronunțării/rămânerii definitive a Deciziei CNSC nr. ... sau de la data pronunțării/rămânerii definitive a Deciziei ce va fi pronunțată în cazul de față, precum și suspendarea procedurii de atribuire/executării contractului până la soluționarea pe fond a contestației.

Prin cererea de intervenție cu nr. 1396/04.05.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22698/04.05.2022, ... S.R.L., cu sediul social în Târgu Jiu, str. Lalelelor, nr. 3B, jud. Gorj și sediu ales pentru comunicare actelor de procedură în Târgu Jiu, str. Narciselor nr. 133, jud. Gorj, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J18/76/2016, având CUI 35469698, solicită, în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară principală și, în subsidiar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, în interesul autorității contractante.

Contestațiile și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii solicitată de către contestatorul ... S.R.L., Consiliul s-a pronunțat prin încheiere.

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 legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... S.R.L., critică comunicarea cu nr. 101.1/1649/14.04.2022 privind rezultatul procedurii, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Prin contestația cu nr. 1529/19.04.2022, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20361/20.04.2022, ... S.R.L., în calitate de ofertant în cadrul procedurii proprii organizată de către ... S.A., critică actul intitulat "Comunicare finală procedură" cu nr. 101.1/1649/14.04.2022, comunicat la data de 15.04.2022 prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, solicitând anularea Comunicării cu nr. 101.1/1649/14.04.2022, constatarea suspendării de drept a efectelor Deciziei C.N.S.C. nr. ... până la soluționarea definitivă a plângerii formulate împotriva acesteia, repunerea ... S.R.L. în termenul și dreptul de a transmite clarificări privind oferta tehnică și financiară de la data pronunțării/rămânerii definitive a Deciziei C.N.S.C. nr. ... sau de la data pronunțării/rămânerii definitive a Deciziei ce va fi pronunțată în cauză.

Prin prezentarea succintă a situației de fapt, contestatorul arată la data de 16.02.2022 comisia de evaluare a întocmit Raportul final al procedurii cu nr.101.1/732/16.02.2022 și a transmis operatorilor economici comunicările finale cu privire la rezultatul procedurii, desemnând câștigătoare oferta ... S.R.L.

La data de 23.02.2022, ... S.R.L., clasata pe locul II, a formulat contestația înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9577/23.02.2022 împotriva rezultatul procedurii.

Prin Decizia nr. 652/C7/437 din data de 25.03.2022, Consiliul a admis contestația ... S.R.L., a anulat în parte raportul procedurii și a obligat entitatea contractantă la reevaluarea ofertei financiare a ... S.R.L. cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Urmare a pronunțării Deciziei C.N.S.C. nr. ..., entitatea contractantă, prin Comisia de evaluare, a transmis către ... S.R.L. "solicitarea de clarificări cu nr. 101.1/1505/06.04.2022", cu următorul conținut:

"Vă rugăm astfel să ne asigurați de faptul că personalul declarat de către dumneavoastră în vederea îndeplinirii contractului cu ... S.A. nu este utilizat în alte contracte. În acest sens, să ne asigurați de faptul că S.C. ... S.R.L. nu a utilizat convențiile indicate în cuprinsul ofertei și în alte proceduri de atribuire.

Sub acest aspect vă rugăm să ne transmiteți toate documentele de care dispuneți din care să reiasă activitățile în care au fost/sunt implicate persoanele nominalizate în convenții, în cadrul ofertei tehnice depuse de către dumneavoastră la ... S.A. , de la momentul încheierii convențiilor și până la momentul achiziției sectoriale în cauză, având în vedere faptul că respectivele convenții au fost încheiate în noiembrie-decembrie 2021, așadar anterior demarării prezentei proceduri de atribuire. (...)
Astfel, vă rugăm să ne clarificați, în situația în care se impun a fi incluse cheltuielile cu transportul și cazarea agenților de pază, cum anume ați introdus și justificat aceste cheltuieli în prețul ofertat de către dumneavoastră."

... S.R.L. a răspuns solicitării de clarificări prin adresa nr. 1294/08.04.2022, în cuprinsul căreia a arătat că:
"Decizia CNSC nr. ... în baza căreia ați formulat prezenta solicitare de clarificări nu este definitivă, împotriva acesteia, subscrisa formulând plângere, în termenul legal, la Curtea de Apel București, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal. Până la data soluționării acesteia fie în sensul menținerii deciziei CNSC, fie anularea acesteia și menținerea raportului procedurii care a fost contestat, entitatea contractantă nu poate efectua o altă evaluare a ofertei.

Plângerea a fost transmisă în data 08.04.2022 prin intermediul serviciilor poștale precum și prin email la adresele:

- 1. Intimata ... S.A. la adresa de e-mail: ... , ... și ...;*
- 2. Intimata ... S.R.L., la adresa de e-mail: ...;*
- 3. Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, la adresa de e-mail: office@cns.ro."*

În acest context, contestatorul consideră că entitatea contractantă a ignorat răspunsul său privind contestarea Deciziei CNSC nr. ..., răspuns ce echivalează cu formularea unei cereri de suspendare a efectelor Deciziei CNSC, și a declarat inacceptabilă oferta ... S.R.L., apreciind că decizia entității contractante este deopotrivă nelegală și neîntemeiată.

Pe fondul cauzei, contestatorul arată că a formulat plângere împotriva deciziei C.N.S.C. nr. ..., în data de 09.04.2022, susținând că plângerea a suspendat de drept efectele deciziei atacate, aspect adus la cunoștința entității contractante.

Contestatorul consideră că din analiza adresei nr. 1294/08.04.2022, rezultă că răspunsul său a reprezentat în fapt o cerere de suspendare asupra căreia entitatea contractantă trebuia să se pronunțe.

Totodată, petentul susține că entitatea contractantă nu putea proceda la continuarea procedurii de achiziție publică fără a transmite un punct de vedere ofertantului ... S.R.L. cu privire la Răspunsul său prin care s-a invocat suspendarea efectelor Deciziei CNSC nr. ... și a

imposibilității autorității de reevaluare a ofertelor anterior rămânerii definitive a Deciziei CNSC.

Entitatea contractantă putea să declare inacceptabilă oferta ... S.R.L. doar în condițiile în care anterior acestei rezoluții aceasta ar fi dispus respingerea cererii de suspendare a sa, ar fi comunicat această respingere și continuarea procedurii, iar ... S.R.L. nu s-ar fi conformat solicitării de transmitere clarificări, consideră autorul.

În lipsa unui refuz al entității contractante cu privire la suspendarea efectelor Deciziei C.N.S.C. nr. 652/25.03.2022, contestatorul consideră că a fost vătămat în drepturile sale de ofertant declarant câștigător inițial.

Buna-credință în materie și transparență, obligau achizitoarea să dispună fie suspendarea, fie continuarea procedurii, să îl informeze pe ofertant în acest sens, ... S.R.L. putând să adopte o conduită în cunoștință de cauză, respectiv să răspundă solicitării autorității sau să aștepte soluționarea definitivă a plângerii împotriva Deciziei CNSC nr. ... prin care s-a dispus reevaluarea ofertei sale.

Entitatea contractantă ... S.A. a ignorat intenționat efectele legale pe care le produce formularea plângerii împotriva Deciziei C.N.S.C., precum și efectele Răspunsului nr. 1294/08.04.2022, declarând inacceptabilă oferta ... S.R.L. pe motivul că nu s-a conformat dispozițiilor stabilite de către Consiliu prin Decizia contestată și nu a răspuns clarificărilor.

Întrucât Decizia C.N.S.C. a fost atacată cu plângere aceasta nu este definitivă și executorie, cele statuate în dispozitivul ei nu beneficiază de forță obligatorie și de autoritate de lucru judecat, măsurile dispuse fiind suspendate de drept până la rămânerea definitivă a Deciziei, susține petentul.

Practic, achizitoarea a ales să se conformeze unei decizii C.N.S.C. nelegale și nedefinitive și a ignorat răspunsul ofertantului privind suspendarea Deciziei C.N.S.C. nr. 652/25.03.2022 ca urmare a contestării acestei Decizii, afirmă petentul.

Contestatorul consideră că prin formularea plângerii împotriva Deciziei C.N.S.C. nr. 652/25.03.2022 și informarea în acest sens a entității contractante, era firesc ca ... S.A. să aștepte și soluția Curții de Apel București ce va fi pronunțată în dosarul nr. 2362/2/2022 sau să informeze ofertantul că insistă în continuarea procedurii, caz în care ... S.R.L. putea să analizeze soluțiile juridice pe care le are la dispoziție, inclusiv formularea unei cereri de suspendare a procedurii de atribuire, cerere pe care a formulat-o cu ocazia prezentei contestații.

Redând obiectul plângerii cu care a fost investită Curtea de Apel București:

"Admiterea plângerii, anularea Deciziei Consiliului nr. ..., și:

- Calificarea petentei ... S.R.L. ca intervenient în nume propriu, iar nu intervenient accesoriu în favoarea autorității contractante;

- *Respingerea contestației intimei ... S.R.L. și admiterea cererii de intervenție în nume propriu;*
- *Menținerea rezultatului procedurii de atribuire stabilit prin Raportul procedurii și comunicării cu nr. 101.1/735/16.02.2022 și a actelor subsecvente acestuia, ca fiind temeinice și legale;*
- *Atribuirea contractului de "Servicii de pază și protecție fizică umană" petentei ... S.R.L., în conformitate cu aspectele sesizate prin prezenta și dispozițiile art. 34 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.*

Obligarea intimei ... S.R.L. la plata cheltuielilor de judecată", petentul apreciază că, ținând cont de obiectul acesteia, este evident și de netăgăduit că entitatea contractantă nu putea proceda la reevaluarea ofertei financiare și tehnice a ... S.R.L., nu putea continua procedura de atribuire, măsurile și dispozițiile Consiliului depinzând de ce va decide Curtea de Apel București în dosarul nr. 2362/2/2022, respectiv dacă va infirma sau va confirma decizia nr. ... a Consiliului, acest aspect urmând să afecteze toate actele ulterioare ale autorității contractante adoptate în baza Deciziei CNSC, precum și declararea ca inacceptabilă a ofertei.

Autorul invocă art. 500 alin. (1) C.proc.civ potrivit căruia hotărârea casată nu are nici o putere, iar actele de executare sau de asigurare făcute în puterea unei asemenea hotărâri sunt desființate de drept, dacă instanța de recurs nu dispune altfel.

În soluționarea acestui incident procedural, având în vedere că **O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare**, nu conține o reglementare expresă cu privire la situația supusă judecării, contestatorul apreciază că în cauză devin incidente prevederile art. 297 din același act normativ, care dispune că „În măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”, respectiv cele ale Codului de procedură civilă, invocând astfel prevederile art. 448 C.proc.civ:

“(1) Hotărârile primei instanțe sunt executorii de drept când au ca obiect:

- 1. stabilirea modului de exercitare a autorității părintești, stabilirea locuinței minorului, precum și modul de exercitare a dreptului de a avea legături personale cu minorul;*
- 2. plata salariilor sau a altor drepturi izvorâte din raporturile juridice de muncă, precum și a sumelor cuvenite, potrivit legii, șomerilor;*
- 3. despăgubiri pentru accidente de muncă;*
- 4. rente ori sume datorate cu titlu de obligație de întreținere sau alocație pentru copii, precum și pensii acordate în cadrul asigurărilor sociale;*
- 5. despăgubiri în caz de moarte sau vătămare a integrității corporale ori sănătății, dacă despăgubirile s-au acordat sub formă de prestații bănești periodice;*

6. *reparații grabnice;*
7. *punerea sau ridicarea sigiliului ori facerea inventarului;*
8. *cereri privitoare la posesie, numai în ceea ce privește posesia;*
9. *hotărârile pronunțate în temeiul recunoașterii de către pârât a pretențiilor reclamantului, pronunțate în condițiile art. 436;*
10. *în orice alte cazuri în care legea prevede că hotărârea este executorie."*

Din analiza prevederilor legale arătate se observă că procedura achizițiilor publice și Deciziile pronunțate de către C.N.S.C. pe cale administrative sau de către instanță pe cale judiciară nu sunt executorii de drept, astfel că dispozitivul unei astfel de Decizii nu poate fi pus în executare în condițiile în care acesta a fost contestat și nu a devenit definitiv, arată petentul.

Concluzionând, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, ... S.R.L. invocă Legea nr. 98/2016, Legea 101/2016, HG nr. 395/2016, precum și toate dispozițiile legale invocate în cuprinsul contestației.

Prin adresa cu nr. 101.1/1836/02.05.2022, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22169/02.05.2022, entitatea contractantă ... S.A. formulează punct de vedere asupra contestației, solicitând respingerea acesteia.

În motivare, prin istoricul succint al procedurii, entitatea contractantă arată că prin contestația cu nr. 722/23.02.2022, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9577/23.02.2022, ... S.R.L. a solicitat anularea Raportului procedurii și comunicării cu nr.101.1/735/16.02.2022, obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității, respectiv reluarea procedurii de evaluare a ofertelor și desemnarea participanților câștigători.

Entitatea contractantă reține că, prin considerentele deciziei C.N.S.C. nr. ... "(...), Consiliul constată că entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a făcut o verificare efectivă a propunerilor financiare ale ofertanților care au folosit în propunerea financiară, în justificarea prețului ofertat, convențiile perfectate în temeiul Legii nr. 76.2002 și nu a verificat, în mod concret, modul în care ... SRL a utilizat convențiile încheiate cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București.

În soluționare, Consiliul are în vedere că luarea în considerare în cadrul procedurilor de achiziții publice a convențiilor încheiate de operatorii economici în conformitate cu art. 85 din Legea 76/2002 se face doar în condițiile în care personalul angajat în baza acestora participă, în mod, efectiv, la derularea contractelor ce urmează a fi încheiate, astfel că sumele primite de angajator ca urmare a încheierii

unor asemenea convenții și nu pot fi luate în considerare decât în cadrul contractelor la care participă persoanele nominalizate. (....)

Într-o atare situație, Consiliul a constatat că se impunea ca entitatea contractantă să se asigure ca ofertantul în cauză nu a utilizat convențiile indicate în cuprinsul ofertei și în alte proceduri de atribuire prin solicitarea depunerii de documente din care să reiasă activitățile în care au fost implicate persoanele nominalizate în convenții, de la momentul încheierii convențiilor și până la momentul achiziției publice în cauză, cu atât mai mult cu cât se constată că respectivele convenții au fost încheiate în noiembrie-decembrie 2021, așadar anterior demarării prezentei proceduri de atribuire sau, în cazul în care are cunoștință despre încheierea unui alt contract de achiziție publică de către ... SRL, după data încheierii acestor convenții, ... SA avea posibilitatea solicitării de informații respectivei autorități contractante. Prin urmare în măsura în care, în prezent, este cunoscut faptul ca SC ... SRL a participat la procedura organizată de ... și a fost declarată ca fiind câștigătoare a respectivei proceduri de atribuire, așa cum rezultă din cuprinsul documentelor prezentate de contestatorul SC ... SRL, se impune ca entitatea contractantă să solicite atât ... cât și ..., informații cu privire la utilizarea de către SC ... SRL, în cadrul respectivei proceduri de atribuire, a convențiilor nr.166/26.11.2021, nr. 168/26.11.2021, nr.172/26.11.2021, nr.189/08.12.2021 și nr. 194/08.12.2021, încheiate cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a municipiului București."

Astfel comisia de evaluare a transmis către ... adresa cu nr. 101.1/1538/08.04.2022 prin care a solicitat date privind utilizarea de către ... S.R.L. în justificarea prețului ofertat a convențiilor și persoanelor folosite și în procedura sa, respectiv convențiile nr. 166/26.11.2021, 168/26.11.2021, 172/26.11.2021, 189/08.12.2021, 194/08.12.2021, 206/10.12.2021, 211/10.12.2021, cu persoanele aferente acestora.

... a răspuns prin adresa cu nr. 1539/11.12.2022 înregistrată la ... S.A. cu nr. 101.1/1577/12.04.2022 precizând următoarele:

" Prin prezenta vă comunicăm că ofertantul SC ... SRL, a depus toate documentele necesare susținerii ofertei înaintate în cadrul procedurii de atribuire organizată în vederea atribuirii acordului cadru "Servicii de pază, monitorizare și intervenție" dar nici unul din numerele de convenții menționate în solicitarea dumneavoastră, nu se regăsește în documentele depuse de SC ... SRL, în cadrul procedurii de atribuire organizată de"

Comisia de evaluare în conformitate cu Decizia C.N.S.C. nr. ... înregistrată la ... S.A. cu nr. 101.1/1464/30.03.2022, pentru soluționarea contestației înregistrată la CNSC cu nr.9577/23.02.2022 a transmis solicitarea de clarificări cu nr. 101.1/1505/06.04.2022 către ... S.R.L. solicitând următoarele : « Va rugăm astfel să ne asigurați de faptul că personalul declarat de către dumneavoastră în vederea "îndeplinirii contractului cu CN ... S.A. nu este utilizat în alte contracte.

În acest sens să ne asigurați de faptul că ... S.R.L. nu a utilizat convențiile indicate în cuprinsul ofertei și în alte proceduri de atribuire.

Sub acest aspect vă rugăm sa ne transmiteți toate documentele de care dispuneți din care să reiasă activitățile în care au fost/sunt implicate persoanele nominalizate în convenții, în cadrul ofertei tehnice depusă de către dumneavoastră la CN ... SA, de la momentul încheierii convențiilor și până la momentul achiziției sectoriale în cauză, având în vedere faptul că respectivele convenții au fost încheiate în noiembrie -decembrie 2021, așadar anterior demarării prezentei proceduri de atribuire. »

Achizitoarea revine asupra considerentelor deciziei C.N.S.C. ..., citând: "Avand în vedere faptul că toate convențiile au fost încheiate cu Agenția pentru ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București, rezultă ca toate persoanele angajate de ... S.R.L. în baza acestor convenții au domiciliul în București, relevante sub acest aspect fiind prevederile art. 59 alin.(1) din H.G. nr. 174/2002 - Normele de aplicare ale Legii nr.76/2002, potrivit cărora : « Pentru acordarea drepturilor prevăzute la art. 85 din lege, angajatorii vor încheia cu agenția pentru ocuparea forței de muncă județeană, respectiv a municipiului București în termen de 12 luni de la data angajării persoanelor, o convenție potrivit modelului prevăzut în anexa nr.19 », rezultând că fiecare agenție județeană sau a municipiului București încheie convenții cu privire la angajarea în muncă a șomerilor înregistrați în evidenta fiecărei agenție teritoriala în parte.

În acest context, Consiliul constată că deși în caietul de sarcini sunt prevăzute pentru sucursala București 8 posturi de pază permanente și 1 post de pază temporară, în tabelul nominal cu personalul de pază ce va fi utilizat în derularea contractului, prezentat de ... SRL se regăsesc 44 de persoane aflate în evidentele Agenția pentru Ocuparea Forței de Munca a Municipiului București, ceea ce reprezintă mai mult decât necesarul de personal pentru asigurarea pazei la Sucursala București.

Așadar Consiliul a constatat faptul că SC ... SRL a prevăzut personal din București care va derula activități de paza în alte sucursale, rezultând că se impune ca entitatea contractantă să clarifice cu ofertantul în cauză cum va fi organizată, în mod concret, paza pentru fiecare sucursală a autorității contractante în parte și stabilirea daca se impuneau a fi incluse cheltuielile cu transportul și cazarea agenților de pază în prețul ofertat de acest ofertant."

În acest sens comisia de evaluare a solicitat ... S.R.L. "să clarifice, în situația în care se impune a fi incluse cheltuielile cu transportul și cazarea agenților de pază, cum anume ați introdus și justificat aceste cheltuieli în prețul ofertat de către dumneavoastră."

Entitatea contractantă arată că operatorul economic a răspuns solicitării prin adresa cu nr. 1294/08.04.2022 specificând în cuprinsul ei următoarele:

" Decizia CNSC nr.... în baza căreia ați formulat prezenta solicitare de clarificări nu este definitivă, împotriva acesteia, subscrisa formulând plângere, în termenul legal, la Curtea de Apel București, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal. Până la data soluționării acesteia fie în sensul menținerii deciziei CNSC, fie anularea acesteia și menținerea raportului procedurii care a fost contestat, entitatea contractantă nu poate efectua o altă evaluare a ofertei."

În aceasta situație comisia de evaluare respectând Decizia C.N.S.C. nr. 652/C7 /437/25.03.2022 și în conformitate cu art. 46 alin.(2) ; alin. (3) și alin.(4) din Regulamentul Intern unde se precizează : « [...](4) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui ofertant clarificări dacă documentele sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările solicitate sau clarificările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.] » , declară oferta ... S.R.L. inacceptabilă.

Asupra contestației de față, entitatea contractantă aduce următoarele lămuriri considerate necesare:

Procedura s-a desfășurat în baza:

- Regulamentului Intern privind organizarea și desfășurarea achizițiilor de servicii sociale și alte servicii specifice prevăzute în Anexa nr. 2 a Legii 99/2016.

- Legea nr. 99 din 19 mai 2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare.

- H.G. nr. 394 din 2 iunie 2016 Norme metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens toate referințele din prevederile legale ale OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii nu se aplică în speța de față, ordonanța în vigoare de la 30 iunie 2006 fiind abrogată și înlocuită la 25 mai 2016 prin Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, Legea nr. 100/2016, Legea nr. 101/2016 și Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, arată entitatea contractantă.

Ca răspuns la acuzațiile aduse, entitatea contractantă aduce la cunoștința operatorului economic prevederile Legii nr. 101/2016 prin care se menționează în clar procedura de suspendare a procedurii în situația în care se depune o contestație la C.N.S.C. pe cale administrativ-jurisdicțională: „ART. 22 (1) în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate,

Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de entitatea contractantă, până la soluționarea contestației. (2) Persoana interesată comunică, concomitent, prin același mijloc de comunicare utilizat pentru transmiterea către Consiliu, cererea sa de suspendare și autorității contractante, care are obligația de a prezenta Consiliului, de îndată, punctul său de vedere asupra cererii. Nedepunerea punctului de vedere în termenul de soluționare a cererii nu împiedică soluționarea acesteia. ART. 23 (1) Consiliul soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese care ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public. (2) Încheierea privind soluționarea cererii de suspendare poate fi atacată cu plângere la instanța competentă prevăzută la art. 32 alin. (1), în mod separat, în termen de 5 zile de la comunicare.”

Astfel operatorul economic avea posibilitatea să solicite Consiliului suspendarea procedurii până la emiterea deciziei finale, susține achizitoarea.

În situația în care operatorul economic urmărește calea de atac împotriva deciziei C.N.S.C. entitatea contractantă prezintă ca relevante următoarele prevederi legale:

„art.32 alin. (1) din Legea 101/2016 Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este Curtea de Apel, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărei rază teritorială se află sediul autorității contractante. Plângerile se soluționează de complete specializate în achiziții publice. (2) Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu privind procedurile de atribuire de servicii și/sau lucrări aferente infrastructurii de transport de interes național, astfel cum este definită de legislația în vigoare, este Curtea de Apel București, Secția contencios administrativ și fiscal. (3) în situația formulării plângerilor, Consiliul nu are calitate de parte în proces. (4) Plângerea este soluționată de urgență și cu precădere, într-un termen ce nu va depăși 45 de zile de la data sesizării legale a instanței, în complete specializate în achiziții publice, formate din 3 judecători. (5) Primul termen de judecată este de maximum 20 de zile de la data înregistrării plângerii, iar termenele ulterioare nu pot depăși 15 zile. Art. 33 (1) în cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, instanța poate dispune, la cererea părții interesate, prin încheiere dată cu citarea părților, suspendarea procedurii de atribuire și/sau a executării contractului până la soluționarea cauzei, încheierea este definitivă. Instanța soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele probabile ale acesteia asupra tuturor categoriilor de interese ce ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public. Instanța poate să nu dispună măsura prevăzută la alin. (1) în

cazul în care consecințele negative ale acesteia ar putea fi mai mari decât beneficiile ei. Hotărârea de a nu dispune suspendarea procedurii de atribuire și/sau executării contractului nu trebuie să prejudicieze niciun alt drept al persoanei care a înaintat cererea prevăzută la alin. (1)."

Astfel conform art.28 din Legea 101/2016 „**ART. 28 (1) Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei.** (2) Părțile pot solicita Consiliului îndreptarea, lămurirea sau completarea hotărârii, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, care se aplică în mod corespunzător. (3) Consiliul rezolvă cererea de îndată prin pronunțarea unei încheieri, care se atașează la decizie. (4) Contractul încheiat cu nerespectarea deciziei Consiliului este lovit de nulitate absolută. (5) **în situația în care se formulează plângere împotriva deciziei Consiliului, entitatea contractantă are dreptul de a suspenda ducerea ei la îndeplinire și/sau procedura de atribuire până la comunicarea de către instanță a hotărârii de soluționare a plângerii**”, reiese în clar faptul că entitatea contractantă nu este obligată să suspende procedura în situația în care operatorul economic urmărește calea de atac împotriva deciziei C.N.S.C. De reținut că în situația de față operatorul economic nu a invocat și nu a solicitat în cuprinsul plângerii formulate la Curtea de Apel suspendarea procedurii de atribuire, neprevalându-se de prevederile art.33 alin.(1) și alin.(13) din Legea nr. 101/2016.

Entitatea contractantă apreciază că afirmația „*Formularea plângerii, a suspendat de drept efectele deciziei CNSC nr...., aspect adus la cunoștința autorității contractante*” nu își are corespondent în dispozițiile legale specifice, respectiv Legea 99/2016, H.G. 394/2016 sau Legea 101/2016, iar în doctrina judiciară s-a afirmat că prima condiție ce asigură aplicabilitatea dreptului o constituie suficiența sa definire, care vizează asigurarea rigorii atât în planul conceptualizării dreptului, a noțiunilor juridice, cât și în planul redactării actelor normative. În acest sens în lipsa unui act normativ care să susțină afirmația contestatorului achizitoarea denunță incertitudinea juridică creată, în sensul că efortul de suplinire prin interpretări trebuie făcut în „litera legii” în sensul dorit de legiuitor și în „spiritul ei”.

În ceea ce privește afirmația „-*Entitatea contractantă nu putea proceda la continuarea procedurii de achiziție publică fără a transmite un punct de vedere ofertantului ... SRL cu privire la răspunsul său prin care s-a invocat suspendarea efectelor Deciziei CNSC nr.... și a imposibilității autorității de reevaluare a ofertelor anterior rămânerii definitive a Deciziei CNSC*”, achizitoarea aduce la cunoștința contestatorului faptul că entitatea contractantă prin comisia de evaluare desemnată avea dreptul dar și obligația conform Deciziei CNSC nr.652/C7/437 din 25.03.2022 ca pe parcursul reevaluării ofertelor să se prevaleze de prevederile art. 46 alin.(1), (2), (3) și (4) din Regulamentul Intern, precum și art.140, alin.

(4) din H.G. nr. 394/2016. În acest sens, așa cum însăși contestatorul precizează, comisia de evaluare a transmis către ofertantul ... S.R.L. solicitarea de clarificări cu nr. 101.1/1505/06.04.2022, însă contestatorul alege într-un mod ieșit din comun să nu răspundă la aceasta, menționând faptul că decizia CNSC nr. ... nu este definitivă, fără a se bucura de dreptul său conferit prin regulament, respectiv prevederile art.48 alin.(2) din Regulamentul Intern, situație în care operatorului economic i se conferă dreptul să justifice „condițiile deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru prestarea serviciilor (...) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.”

Referitor la afirmația; *"Entitatea contractantă a ignorat răspunsul subscrisei privind contestarea Deciziei CNSC nr. ..., răspuns ce echivalează cu formularea unei cereri de suspendare a efectelor Deciziei CNSC, și a declarat inacceptabilă oferta ... SRL"*, entitatea contractantă precizează că în data de 08.04.2022 operatorul economic a transmis un răspuns la solicitarea de clarificări însă fără a transmite entității contractante și plângerea formulată către Curtea de Apel pe adresele de e-mail ... și ... În acest sens contestatorul nu a îndeplinit condițiile de formă necesare prevăzute la art. 31 din Legea nr. 101/2016 unde se precizează: *"Art. 31 (1) Partea care formulează plângerea este obligată să comunice, în termenul prevăzut la art. 29, o copie de pe aceasta și celeilalte/celorlalte părți implicate în procedura de contestare în fața Consiliului, depunând dovada de comunicare în fața instanței până la primul termen de judecată, sub sancțiunea respingerii plângerii ca fiind tardivă."*

În ceea ce privește suspendarea procedurii, singura autoritate abilitată să se pronunțe pe acest aspect este Curtea de Apel, în situația în care în cuprinsul plângerii a fost formulată și o solicitare de suspendare a procedurii, astfel situația juridică se naște sub imperiul art. 33 din Legea 101/2016 care prevede ;" *Art. 33 (1) în cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, instanța poate dispune, la cererea părții interesate, prin încheiere dată cu citarea părților, suspendarea procedurii de atribuire și/sau a executării contractului până la soluționarea cauzei. Încheierea este definitivă."*, însă, entitatea contractantă nu a primit o încheiere dispusă de către Curtea de Apel în acest sens.

Mai mult supoziția că *"Formularea plângerii, a suspendat de drept efectele Deciziei CNSC nr. Entitatea contractantă nu putea proceda la continuarea procedurii de achiziție publică fără a transmite un punct de vedere ofertantului ... S.R.L., cu privire la răspunsul sau prin care s-a invocat suspendarea efectelor deciziei CNSC nr. 652/C7/25.03.2022 și a imposibilității autorității de reevaluare a ofertelor anterior rămânerii definitive a deciziei CNSC."* nu este fondată, entitatea contractantă având dreptul și nu obligația de a suspenda procedura, aplicându-se corespunzător prevederile art.28, alin.(5) din Legea nr. 101/2016.

Entitatea contractantă califică drept concluzii ale contestatorului afirmația: " „Entitatea contractantă putea să declare inacceptabilă oferta ... SRL doar în condițiile în care anterior acestei rezoluții aceasta ar fi dispus respingerea cererii de suspendare a subscrisei, ar fi comunicat aceasta respingere și continuarea procedurii, iar subscrisa nu s-ar fi conformat solicitării de transmitere clarificări.

În lipsa unui refuz al autorității contractante cu privire la suspendarea efectelor Deciziei CNSC nr.652/25.03.2022, ofertantul ... SRL a fost vătămat în drepturile sale de ofertant declarat câștigător inițial. Buna credință în materie și transparență, obligau entitatea să dispună fie suspendarea, fie continuarea procedurii, să îl informeze pe ofertant în acest sens, subscrisa putând să adopte o conduită în cunoștință de cauză, respectiv să răspundă solicitării autorității sau să aștepte soluționarea definitivă a plângerii împotriva Deciziei CNSC nr. ... prin care s-a dispus reevaluarea ofertei ... SRL.

Entitatea contractantă CN ... SA a ignorat intenționat efectele legale pe care le produce formularea plângerii împotriva Deciziei, precum și efectele răspunsului nr. 1294/08.04.2022, declarând inacceptabilă oferta subscrisei pe motivul ca nu s-a conformat dispozițiilor stabilite de către Consiliu prin decizia contestată și nu a răspuns clarificărilor.

Întrucât Decizia CNSC a fost atacată cu plângere aceasta nu este definitivă și executorie, cele statuate în dispozitivul ei nu beneficiază de forța obligatorie și de autoritate de lucru judecat, măsurile dispuse fiind suspendate de drept până la rămânerea definitivă a Deciziei. Practic, entitatea a ales să se conformeze unei decizii CNSC nelegale și nedefinitive și a ignorat răspunsul ofertantului privind suspendarea Deciziei CNSC nr.652/25.03.2022, ca urmare a contestării acestei decizii."

Conform dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei", entitatea contractantă a fost investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestărilor. În acest sens Consiliul a obligat comisia de evaluare la reevaluarea ofertei, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acesteia și care nu au fost cercetate la prima evaluare, fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare și care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect.

Concluzionând, entitatea contractantă solicită respingerea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, entitatea contractantă invocă Legea nr. 101/2016, Legea nr. 99/2016 și H.G. nr. 394/2016.

Prin cererea de intervenție cu nr. 1396/04.05.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22698/04.05.2022, formulată în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, ... S.R.L. solicită, în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară principală și, în subsidiar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, în interesul autorității contractante.

În justificarea interesului său de a interveni în prezenta cauză, intervenientul arată că, potrivit Comunicării nr. 101.1/1648/14.04.2022, în urma etapei de negociere a ofertei financiare desfășurată cu toți operatorii economici declarați admisibili și în conformitate cu Decizia CNSC nr. ..., în baza căreia comisia de evaluare a reevaluat oferta ... SRL, oferta ... S.R.L. în valoare de ... fără TVA a fost declarată câștigătoare, ocupând locul 1 în clasamentul final.

Suplimentar, intervenientul precizează că despre contestația formulată de ... S.R.L. și înregistrată la CNSC în Dosarul nr. 944/2022, a aflat de la entitatea contractantă, la data de 02.05.2022, când aceasta i-a și comunicat-o, astfel încât formularea prezentei cereri de intervenție respectă termenul prevăzut de art. 17, alin. 3 din Legea nr. 101/2016.

În fapt, intervenientul apreciază că solicitările contestatorului de *constatare a suspendării de drept a efectelor Deciziei CNSC nr. 652/C71437/25.03.2022 până la soluționarea definitivă a plângerii formulate împotriva acesteia, de repunere a ofertantului ... SRL în termenul și dreptul de a transmite clarificări privind oferta tehnică și financiară a acestuia de la data pronunțării/rămânerii definitive a Deciziei CNSC nr. 652/C77437/25.03.2022 sau de la data pronunțării/rămânerii definitive a Deciziei ce se va pronunța în cazul de față*, sunt inadmisibile în raport de soluțiile pe care le poate pronunța Consiliul, în acord cu dispozițiile art. 26, alin. 2 din Legea nr. 101/2016.

Apoi, solicitarea contestatorului privind *constatarea suspendării de drept a efectelor Deciziei CNSC nr. 652/C71437/25.03.2022, până la soluționarea definitivă a plângerii formulate împotriva sa* este neîntemeiată, pentru motivele pe care intervenientul le va dezvolta în continuare.

Astfel, formularea plângerii împotriva deciziei organismului cu activitate administrativ-jurisdicțională ce face obiectul Dosarului nr. 2362/2/2022 al Curții de Apel București - Secția a IX-a de Contencios Administrativ și Fiscal, nu conduce *per se* la suspendarea efectelor Deciziei CNSC nr. ..., intervenientul făcând trimitere la prevederile art. 33 alin.(1) din Legea nr. 101/2016.

Or, contestatorul nu face dovada că, prin plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC nr. ... sau prin cerere separată, a solicitat instanței suspendarea efectelor deciziei organismului cu activitate administrativ-jurisdicțională până la soluționarea Dosarului aflat pe rolul

Curții de Apel București, iar o astfel de cerere a fost admisă, nedepunând nicio hotărâre judecătorească în acest sens.

Dacă însă intenția contestatorului este de formulare a unei cereri de suspendare a judecării contestației ce face obiectul Dosarului nr. 944/2022 al CNSC, în temeiul art. 25, alin. 1, lit. a din Legea nr. 101/2016, intervenientul precizează că măsura suspendării prevăzute de aceste dispoziții legale este una facultativă și nu de drept, oportunitatea sa trebuind analizată de la caz la caz și cu luarea în considerare a principiului celerității soluționării cauzelor privind achizițiile publice.

Cu privire la solicitarea contestatorului de *repunere în termenul și dreptul de a transmite clarificări privind oferta tehnică și financiară a acestuia de la data pronunțării/rămânerii definitive a Deciziei CNSC nr. 652/C7/437725.03.2022 sau de la data pronunțării/rămânerii definitive a Deciziei ce se va pronunța în cazul de față*, ... S.R.L. apreciază că și aceasta este nefondată, pentru motivele expuse în continuare.

Față de dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 186 din C.pr.civ., repunerea în termen este condiționată în primul rând de dovedirea că *întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate*.

În susținerea cererii sale, contestatorul a susținut că la solicitarea de clarificări transmisă de entitatea contractantă prin Adresa nr. 101.1.1505/06.04.2022, a răspuns prin Adresa nr. 1294/08.04.2022, prin care a încunoștințat contestarea Deciziei CNSC nr. ..., acest răspuns, din punctul său de vedere, echivalând cu formularea unei cereri de suspendare a efectelor deciziei organismului cu activitate administrativ-jurisdicțională asupra căreia entitatea contractantă nu s-ar fi pronunțat.

Or, potrivit art. 28, alin. 5 din Legea nr. 101/2016, în situația în care se formulează plângere împotriva deciziei Consiliului, *entitatea contractantă are dreptul de a suspenda ducerea ei la îndeplinire și/sau procedura de atribuire până la comunicarea de către instanță a hotărârii de soluționare a plângerii*.

Din dispozițiile legale anterior citate, rezultă că în cazul formulării plângerii împotriva deciziei Consiliului, entitatea contractantă are facultatea de a suspenda ducerea ei la îndeplinire și/sau procedura de atribuire, susține intervenientul.

Așadar, chiar și în situația în care s-ar aprecia că prin Adresa nr. 1294/08.04.2022, ... S.R.L. a solicitat entității contractante suspendarea ducerii la îndeplinire a Deciziei CNSC nr. ... și a procedurii de atribuire, deși din conținutul acestei corespondențe nu rezultă *expressis verbis* cele susținute de contestator, măsura suspendării prevăzută de art. 28, alin. 5 din Legea nr. 101/2016 este una voluntară și facultativă, oportunitatea unei astfel de măsuri fiind lăsată la aprecierea entității contractante.

Mai mult decât atât, deși contestatorul critică conduita entității contractante, aceasta ignoră cu desăvârșire propriul drept de dispoziție,

adaugă intervenientul, precizând că, potrivit art. 33, alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *"În cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, instanța poate dispune, la cererea părții interesate, prin încheiere dată cu citarea părților, suspendarea procedurii de atribuire și/sau a executării contractului până la soluționarea cauzei. Încheierea este definitivă."*

Or, deși urmare a Deciziei CNSC nr. ..., entitatea contractantă a solicitat ... S.R.L. clarificări prin Adresa nr. 101.1.1505/06.04.2022, în chiar contestația formulată aceasta precizează că plângerea a formulat-o abia la data de 08.04.2022.

Mai mult decât atât, nici la entitatea contractantă și nici măcar prin contestația înregistrată la CNSC în Dosarul nr. 944/2022, ... S.R.L. nu a făcut dovada că a uzat de dispozițiile art. 33, alin. 1 din Legea nr. 101/2016, respectiv că a solicitat suspendarea procedurii de atribuire și/sau a executării contractului până la soluționarea plângerii pe care a formulat-o împotriva Deciziei CNSC nr. ..., cu atât mai puțin că o astfel de măsură fusese dispusă de instanța de judecată.

Față de cele menționate, intervenientul apreciază că întârzierea contestatorului în formularea unui răspuns la clarificările ce i-au fost solicitate prin Adresa nr. 101.1.1505/06.04.2022 nu se datorează unor motive temeinic justificate, ci propriei neglijențe și imprudențe, generată de ignoranța sa.

În ce privește critica contestatorului la declararea de către entitatea contractantă a ofertei sale ca fiind inacceptabilă, intervenientul precizează că aceasta este nefondată pentru motivele ce urmează a fi expuse.

Intervenientul precizează că procedura în cauză s-a desfășurat în baza Regulamentului Intern privind organizarea și desfășurarea achizițiilor de servicii sociale și alte servicii specific prevăzute în Anexa nr. 2 la Legea nr. 99/2016, în baza Legii nr. 99/2016 și Normelor metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016.

Potrivit art. 46, alin. 4 din Regulamentul Intern, *"În cazul în care comisia de evaluare solicită unui ofertant clarificări dacă documentele simt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările solicitate sau clarificările transmise sunt neconcludente, oferta va fi considerată inacceptabilă."*

La Solicitarea de clarificări cu nr. 101.1.1505/06.04.2022, contestatorul a răspuns prin Adresa nr. 1294/08.04.2022, prin care recunoaște că, doar a încunoștințat entității contractante contestarea Deciziei CNSC nr.

Or, în condițiile în care, în termenul indicat de entitatea contractantă în Adresa nr. 101.1.1505/06.04.2022, ... S.R.L. nu a

răspuns clarificărilor solicitate, entitatea contractantă în mod corect a apreciat oferta sa ca fiind inacceptabilă, apreciază intervenientul.

În drept, intervenientul invocă dispozițiile art. 61 - 63 din C.pr.civ raportat la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa la cu nr. 23247/944/C7/06.05.2022, 23249/944/C7/06.05.2022 și 23242/944/C7/06.05.2022, Consiliul a solicitat părților punctul de vedere cu privire la excepția tardivității cererii de intervenție formulată de către ... S.R.L. cu nr. 1396/04.05.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 22698/04.05.2022, invocată din oficiu, având în vedere data publicării contestației pe site-ul entității contractante, respectiv 20.04.2022.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 23554/09.05.2022, contestatorul ... S.R.L. a depus note scrise cu privire la excepția tardivității cererii de intervenție formulată de către ... S.R.L., solicitând admiterea excepției și constatarea decăderii acestuia din dreptul de a formula cerere de intervenție.

În acest sens, contestatorul arată că a transmis contestația prin mijloace electronice atât Consiliului, cât și entității contractante la data de 19.04.2022.

Conform informare transmisă de către ... S.A. înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 22850/04.05.2022, entitatea contractantă a înregistrat contestația în SEAP la data de 20.04.2022, susține contestatorul..

Invocând prevederile art. 5 și art. 17 alin.(3) din Legea nr. 101/2016, petentul arată că termenul de 10 zile a început să curgă la data de 21.04.2022 și s-a împlinit la data de 30.04.2022, însă având în vedere că ultima zi a termenului procedural s-a împlinit sâmbătă, într-o zi nelucrătoare, acesta s-a prelungit până luni, 02.05.2022.

Având în vedere că cererea de intervenție a fost formulate la data de 04.05.2022, cu depășirea termenului de 10 zile, contestatorul solicită admiterea excepției tardivității formulării cererii de intervenție.

Prin adresa cu nr. 1471/09.05.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 23558/09.05.2022, intervenientul ... S.R.L. a depus punct de vedere cu privire la excepția tardivității cererii sale de intervenție, solicitând respingerea excepției tardivității ca neîntemeiată.

Invocând prevederile art. 17 alin.(3) din Legea nr. 101/2016, intervenientul susține că în cauză nu este vorba de o procedură a cărei inițiere s-a realizat prin publicarea în SEAP, astfel că, termenul de 10 zile prevăzut pentru formularea cererii de intervenție nu se calculează în raport de data publicării contestației pe site-ul entității contractante, ci de la data comunicării ei.

În acest sens, intervenientul arată că i-a fost comunicată contestația abia la data de 02.05.2022, ora 12:11:01, prin e-mail, condiție în care cererea sa de intervenție cu nr. 1396/04.05.2022,

înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 22698/04.05.2022 a fost formulată în interiorul termenului prevăzut de art. 17, alin. 3 din Legea nr. 101/2016, la doar 2 zile de la data la care entitatea contractantă a comunicat contestația înregistrată la CNSC în Dosarul nr. 944/2022, formulată de ... S.R.L.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... SA a organizat prin procedură proprie o achiziție sectorială, având ca obiect "Servicii de Pază și protecție fizică umană", cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev.2), prin publicarea pe site-ul propriu a anunțului de participare cu nr. ... din cadrul procedurii ... nr.

Potrivit anunțului de participare, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea totală estimată a contractului este de ..., fără T.V.A.

Potrivit DECLARAȚIEI DE PARTICIPARE CU OFERTĂ din etapa a II-a, în procedura au depus oferte 5 operatori economici, respectiv:

1. ... S.R.L., 2. Asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L., 3. ... S.R.L., 4. ... S.R.L. și 5. ... S.R.L.

În urma Raportului final al procedurii cu nr. 101.1/732/16.02.2022, ... SRL a primit comunicarea cu nr. 101.1/735/16.02.2022 prin care a fost înștiințat că s-a clasat pe locul II cu oferta în valoare de ..., câștigătoare fiind oferta depusă de către ... SRL cu valoarea de ..., motiv pentru care ... SRL a formulat contestație împotriva modului în care a fost evaluată oferta prezentată de ... SRL.

Prin decizia cu nr. ..., C.N.S.C. a admis contestația cu nr. 722/23.02.2022, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9577/23.02.2022, formulată de către ... S.R.L. împotriva rezultatului procedurii și a dispus anularea, în parte, a Raportului procedurii cu nr. 101.1/732/16.02.2022, a actelor subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la propunerea financiară depusă de ... S.R.L. și a obligat entitatea contractantă să procedeze la reluarea procedurii de atribuire prin reanalizarea propunerii financiare prezentate de ... S.R.L.

În urma reluării procedurii prin reanalizarea propunerii financiare prezentate de ... S.R.L., entitatea contractantă a respins oferta acesteia neconformă, fiind declarată inacceptabilă în conformitate cu art. 46 alin. (2) – (4) din regulamentul Intern.

Împotriva Comunicării finale a rezultatului procedurii cu nr. 101.1/1649/14.04.2022, transmisă la data de 15.04.2022, ... S.R.L. a formulat prezenta contestație.

Procedând la soluționarea contestației formulate de ... S.R.L., Consiliul are în vedere, ca o chestiune prealabilă, faptul că după depunerea contestației a depus cerere de intervenție ... S.R.L.,

solicitând, în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară principală și, în subsidiar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, în interesul autorității contractante.

Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție formulată de ... S.R.L., având în vedere faptul că interesul acestui ofertant este evident, Consiliul o va admite în principiu și, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ... SA, o califică drept cerere de intervenție accesorie, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Procedând la soluționarea contestației formulată de ... S.R.L., Consiliul are în vedere invocarea din oficiu, a excepției tardivității formulării cererii de intervenție de către ... S.R.L., pusă în discuție părților prin adresele cu nr. 23247/944/C7/06.05.2022, 23249/944/C7/06.05.2022 și 23242/944/C7/06.05.2022, motiv pentru care se va pronunța cu prioritate asupra excepției invocate, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*.

Luând în considerare faptul că entitatea contractantă a publicat Contestația de față, pe site-ul propriu, la data de 20.04.2022, așa cum reiese din comunicările interne purtate pe e-mail dintre personalul entității contractante aflată la pag.23-25 din dosarul achiziției, cât și din informarea înregistrată la Consiliu cu nr. 22850/04.05.2022, și având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu *Regulile aplicabile comunicărilor* de la art. 59 din H.G. nr. 394/2016, prin raportare la data formulării cererii de intervenție, Consiliul urmează să admită excepția tardivității cererii de intervenție formulată de ... S.R.L.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere că entitatea contractantă a publicat Contestația în cauză, pe site-ul propriu, la data de 20.04.2022, așa cum reiese din comunicările interne purtate pe e-mail dintre personalul entității contractante aflată la pag.23-25 din dosarul achiziției, cât și din informarea înregistrată la Consiliu cu nr. 22850/04.05.2022.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: *”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 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 contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile*

se calculează de la data comunicării contestației”, Consiliul consideră data comunicării contestației ca fiind data publicării contestației pe site-ul entității contractante www.... (secțiunea Anunțuri și Licitatii Publice – Proceduri în desfășurare), respectiv **data de 20.04.2022**, similar publicării în SEAP, ținând cont de faptul că publicarea pe propriul site reprezintă un mijloc de comunicare în mediul electronic, documentul fiind într-un format comun (pdf) accesibil prin aplicații disponibile cu caracter general, respectând în același timp principiul transparenței.

În acest sens, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 59 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 394/2016 din cadrul secțiunii **”Reguli aplicabile comunicărilor”**, care prevede:

”(1) Situațiile și condițiile în care este permisă folosirea altor mijloace de comunicare decât cele electronice sunt:

a) atunci când, ca urmare a naturii specializate a achiziției, se utilizează mijloace electronice de comunicare care necesită instrumente, dispozitive, formate de fișiere specifice, aplicații care nu sunt disponibile cu caracter general;

b) atunci când aplicațiile care suportă formatele de fișiere adecvate pentru descrierea ofertelor utilizează formate de fișiere care nu pot fi procesate de nicio altă aplicație deschisă sau disponibilă cu caracter general sau fac obiectul unui regim de licențe limitate de drepturi de proprietate intelectuală, iar entitatea contractantă nu le poate pune la dispoziție pentru descărcare sau pentru utilizare la distanță;

c) atunci când utilizarea mijloacelor electronice de comunicare ar necesita echipamente de birou specializate care nu sunt disponibile cu caracter în general pentru entitățile contractante;

d) atunci când prin documentele achiziției se solicită prezentarea unor mostre, machete sau modele la scară redusă care nu se pot fi transmise prin mijloace electronice;

e) atunci când este necesară fie din cauza unei încălcări a securității mijloacelor electronice de comunicare, fie pentru protejarea naturii deosebit de sensibile a informațiilor care necesită un nivel de protecție atât de ridicat încât nu poate fi asigurat în mod corespunzător prin utilizarea instrumentelor și dispozitivelor electronice disponibile cu caracter general pentru operatorii economici sau care pot fi puse la dispoziția acestora prin mijloace alternative de acces.

(2) În ceea ce privește comunicările pentru care nu sunt folosite mijloace electronice de comunicare în conformitate cu alin. (1), comunicarea se poate realiza prin:

a) intermediul serviciilor poștale;

b) fax;

c) combinație între lit. a) și b).”

Astfel, Consiliul respinge apărările invocate de intervenientul ... S.R.L. cu privire la data de 02.05.2022, ca fiind data luării la cunoștință privind contestația formulată de ... S.R.L. și constată caracterul tardiv al formulării cererii de intervenție în data de 04.05.2022, luând în

considerare că acesta avea la dispoziție 10 zile de la data comunicării contestației, termen împlinit la data de 02.05.2022.

Procedând la analiza, pe fond, a contestației formulate de ... S.R.L., Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul procedurii de atribuire, fiind formulate critici cu privire la motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei prezentate de acest ofertant.

Sub acest aspect, Consiliul reține că entitatea contractantă a transmis către ... S.R.L. adresa nr. 101.1/1649/14.04.2022, de comunicare a rezultatului procedurii, în cuprinsul căreia a precizat că „*prin prezenta vă informăm că oferta depusă de dumneavoastră a fost declarată neconformă din următorul motiv*”, motivat de faptul că răspunsul formulat de ofertantul în cauză la solicitarea de clarificări transmisă de comisia de evaluare a fost considera neconcludent.

Raportat la motivul de respingere a ofertei prezentate de ... S.R.L., așa cum acesta a fost indicat în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul are în vedere că, anterior, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, a fost emisă Decizia C.N.S.C. nr. ..., în cuprinsul căreia s-a precizat, între altele, faptul că „*Consiliul constată că se impunea ca entitatea contractantă să se asigure că ofertantul în cauză nu a utilizat convențiile indicate în cuprinsul ofertei și în alte proceduri de atribuire prin solicitarea depunerii de documente din care să reiasă activitățile în care au fost implicate persoanele nominalizate în convenții, **de la momentul încheierii convențiilor și până la momentul achiziției publice în cauză**, cu atât mai mult cu cât se constată că respectivele convenții au fost încheiate în noiembrie – decembrie 2021, așadar anterior demarării prezentei proceduri de atribuire sau, în cazul în care are cunoștință despre încheierea unui alt contract de achiziție publică de către ... SRL, după data încheierii acestor convenții, ... SA avea posibilitatea solicitării de informații respectivei autorități contractante.*

Prin urmare, în măsura în care, în prezent, este cunoscut faptul că ... SRL a participat la procedura organizată de ... – ... și a fost declarată ca fiind câștigătoare a respectivei proceduri de atribuire, așa cum rezultă din cuprinsul documentelor prezentate de contestatorul ... SRL, se impune ca entitatea contractantă să solicite, atât ... SRL cât și ... – ..., informații cu privire la utilizarea de către ... SRL, în cadrul respectivei proceduri de atribuire, a convențiilor nr. 166/26.11.2021, nr. 168/26.11.2021, nr. 172/26.11.2021, nr. 189/08.12.2021 și nr. 194/08.12.2021, încheiate cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București.

În ceea ce privește faptul că entitatea contractantă nu a verificat dacă ofertantul ... SRL se impunea să includă în tariful ofertat și cheltuielile cu transportul și cazarea personalului ce urmează să desfășoare activitățile de pază, Consiliul reține că în cuprinsul punctului de vedere nr. 12196/08.03.2022 entitatea contractantă precizează că a

solicitat clarificări ofertantului în cauză cu privire la justificarea tarifului ofertat, precum și „să facă dovada că dețin personal pentru un număr de 18 posturi permanente , respectiv un număr de 79,2 agenți și 5 posturi temporare, respectiv un număr de 11 agenți, în total un număr de 90,2 agenți pentru perioada contractuală de 12 luni”, fără însă a clarifica cu ofertantul în cauză cu privire la eventualele cheltuieli cu transportul și cazarea agenților nominalizați pentru fiecare post în parte..

Sub acest aspect, analizând conținutul anexelor la cele 5 convenții prezentate și tabelul nominal cuprinzând agenții de pază propuși pentru derularea contractului, Consiliul are în vedere că ... SRL a nominalizat 44 de persoane pentru derularea activităților de pază din prezenta procedură de atribuire dintre cele cuprinse în cadrul anexelor la convențiile prezentate.

Însă, având în vedere că toate convențiile au fost încheiate cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București, rezultă că toate persoanele angajate de ... SRL în baza acestor convenții au domiciliul în București, relevante sub acest aspect fiind prevederile art. 59 alin. (1) din H.G. nr. 174/2002 – Normele de aplicare ale Legii nr. 76/2002, potrivit căroră „Pentru acordarea drepturilor prevăzute la art. 85 din lege, angajatorii vor încheia cu agenția pentru ocuparea forței de muncă județeană, respectiv a municipiului București, în termen de 12 luni de la data angajării persoanelor, o convenție potrivit modelului prevăzut în anexa nr. 19”, rezultând că fiecare agenție județeană sau a Municipiului București încheie convenții cu privire la angajarea în muncă a șomerilor înregistrați în evidența fiecărei agenție teritorială în parte.

În acest context, Consiliul constată că deși în caietul de sarcini sunt prevăzute pentru Sucursala București 8 posturi de pază permanente și 1 post de pază temporară, în tabelul nominal cu personalul de pază ce va fi utilizat în derularea contractului, prezentat de ... SRL se regăsesc 44 de persoane aflate în evidențele Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București, ceea ce reprezintă mai mult decât necesarul de personal pentru asigurarea pazei la Sucursala București.

Așadar, Consiliul constată că ... SRL a prevăzut personal din București care va derula activități de pază în alte sucursale, rezultând că se impune ca entitatea contractantă să clarifice cu ofertantul în cauză cum va fi organizată, în mod concret, paza pentru fiecare sucursală a autorității contractante în parte și stabilirea dacă se impuneau a fi incluse cheltuielile cu transportul și cazarea agenților de pază în prețul ofertat de acest ofertant.

Într-o atare situație, Consiliul constată caracterul întemeiat al criticilor formulate de ... SRL, motiv pentru care se impune anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 101.1/732/16.02.2022 și actele subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la propunerea financiară depusă de ... SRL și reluarea procedurii de atribuire prin reanalizarea propunerii financiare prezentate de ... SRL”.

Consiliul reține că, în vederea punerii în executare a celor dispuse prin Decizia C.N.S.C. nr. ..., comisia de evaluare a transmis solicitarea de clarificări cu nr.101.1/1505/06.04.2022 către SC ... SRL solicitând următoarele: *„Vă rugăm să ne asigurați de faptul că personalul declarat de către dumneavoastră în vederea îndeplinirii contractului cu CN ... SA nu este utilizat în alte contracte. În acest sens să ne asigurați de faptul că SC ... SRL nu a utilizat convențiile indicate în cuprinsul ofertei și în alte proceduri de atribuire.*

Sub acest aspect vă rugăm să ne transmiteți toate documentele de care dispuneți din care să reiasă activitățile în care au fost/sunt implicate persoanele nominalizate în convenții, în cadrul ofertei tehnice depusă de către dumneavoastră la CN ... SA, de la momentul încheierii convențiilor și până la momentul achiziției sectoriale în cauză, având în vedere faptul că respectivele convenții au fost încheiate în noiembrie -decembrie 2021, așadar anterior demarării prezentei proceduri de atribuire”.

De asemenea, în contextul în care prin Decizia C.N.S.C. nr. ... s-a arătat că *„deși în caietul de sarcini sunt prevăzute pentru Sucursala București 8 posturi de pază permanente și 1 post de pază temporară, în tabelul nominal cu personalul de pază ce va fi utilizat în derularea contractului, prezentat de ... SRL se regăsesc 44 de persoane aflate în evidențele Agenției pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București, ceea ce reprezintă mai mult decât necesarul de personal pentru asigurarea pazei la Sucursala București”*, comisia de evaluare a solicitat clarificări cu privire la includerea cheltuielilor cu transportul și cazarea agenților de pază în prețul ofertat.

Consiliul are în vedere că ... SRL a răspuns prin adresa nr. 1294/08.04.2022, în cuprinsul căreia a precizat că *„Decizia C.N.S.C. nr. ... în baza căreia ați formulat prezenta solicitare de clarificări nu este definitivă, împotriva acesteia subscrisă formulând plângere, în termenul legal, la Curtea de Apel București, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal. Până la data soluționării acesteia, fie în sensul menținerii deciziei CNSC, fie anularea acesteia și menținerea raportului procedurii care a fost contestat, entitatea contractantă nu poate efectua o altă evaluare a ofertei”.*

Se reține că răspunsul formulat de ... SRL a fost analizat de membrii comisiei de evaluare care, în baza prevederilor art. 46 alin. (4) din Regulamentul Intern privind organizarea și desfășurarea achizițiilor de servicii sociale și alte servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2 a Legii nr. 99/2016, postat pe site-ul autorității contractante, potrivit căreia *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui ofertant clarificări dacă documentele sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările solicitate sau clarificările transmise nu sunt concludente, oferta va fi considerată inacceptabilă”*, au considerat că răspunsul transmis este neconcludent iar oferta în cauză este inacceptabilă, întrucât nu au fost furnizate informațiile solicitate prin solicitarea de clarificări.

Analizând criticile formulate de ... SRL prin contestația ce face obiectul prezentei cauze, Consiliul constată că acestea vizează modul în care a procedat comisia de evaluare ca urmare a emiterii Deciziei C.N.S.C. nr. ..., contestatorul apreciind că prin plângerea formulată la Curtea de Apel București împotriva acestei decizii, efectele deciziei în cauză au fost suspendate de drept.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere ca fiind relevante prevederile art. 28 alin. (1) și alin. (5) potrivit cărora *„Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei”*, respectiv *„În situația în care se formulează plângere împotriva deciziei Consiliului, autoritatea contractantă are dreptul de a suspenda ducerea ei la îndeplinire și/sau procedura de atribuire până la comunicarea de către instanță a hotărârii de soluționare a plângerii”*.

Astfel, Consiliul constată că în cazul formulării unei plângeri împotriva deciziei C.N.S.C., entitatea contractantă are dreptul și nu obligația de a suspenda procedura de atribuire până la soluționarea plângerii.

Prin urmare, Consiliul constată că entitatea contractantă a ales să nu suspende prezenta procedură de atribuire și să pună în executare Decizia C.N.S.C. nr. ..., respectiv să clarifice cu ofertantul în cauză aspectele dispuse prin această decizie.

Consiliul nu reține în soluționare susținerile contestatorului, exprimate în cuprinsul contestației nr. 20361/20.04.2022 potrivit cărora *„Analizând conținutul Adresei nr. 1294/08.04.2022, rezultă că răspunsul subscrisei ... S.R.L. a reprezentat în fapt o cerere de suspendare asupra căreia entitatea contractantă trebuia să se pronunțe”* întrucât nicăieri în cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări nu se regăsește vreo solicitare, ci doar precizarea că *„Decizia CNSC nr. ... în baza căreia ați formulat prezenta solicitare de clarificări nu este definitivă, împotriva acesteia, subscrisa formulând plângere, în termenul legal, la Curtea de Apel București, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal. Până la data soluționării acesteia fie în sensul menținerii deciziei CNSC, fie anularea acesteia și menținerea raportului procedurii care a fost contestat, entitatea contractantă nu poate efectua o altă evaluare a ofertei”*, astfel că nu se poate considera că ... S.R.L. a formulat o cerere de suspendare a procedurii asupra căreia entitatea contractantă nu s-a pronunțat.

Astfel, în condițiile în care ... SRL nu a prezentat informațiile și documentele solicitate de comisia de evaluare, Consiliul constată că, în mod întemeiat, răspunsul formulat de acest ofertant a fost considerat neconcludent și, în mod corect, oferta în cauză a fost respinsă, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 46 alin. (4) din Regulamentul Intern privind organizarea și desfășurarea achizițiilor de servicii sociale și alte servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2 a Legii nr. 99/2016.

Într-o atare situație, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de contestator motiv pentru care, în temeiul

prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul social în ..., în contradictoriu cu ... SA, cu sediul în ..., ca nefondată.

Respinge, ca tardivă, cererea de intervenție cu nr. 1396/04.05.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22698/04.05.2022, formulată de către ... S.R.L.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...