

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1721/C3/1757

Data: 06.08.2021

Prin contestația nr. 943/14.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36321/14.07.2021, ... SRL, cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, formulată împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 1597/09.07.2021 și a raportului procedurii nr. 1594/09.07.2021, acte emise de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în procedura proprie, organizată în vederea atribuirii unui contract de „Servicii de pază la CNFPPP”, inițiată cu anunțul de publicitate nr. ADV1204759, publicat în SEAP, la 31.03.2021, a solicitat

Prin adresa nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38218/....., ... SRL, cu sediul în, și sediul ales pentru corespondență în, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, a transmis o cerere de intervenție voluntară, față de comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 1596/09.07.2021, de raportul procedurii nr. 1594/09.07.2021, precum și față de actele subsecvente acestora, prin care solicită anularea lor, în partea ce privește desemnarea ofertei câștigătoare și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SRL cu respectarea celor reținute prin deciziile Consiliului nr. 1062/C3/925/1172 din 20.05.2021 și nr. 1347/C3/1425/1427 din 24.06.2021, a legislației în materie de achiziții, a documentației de atribuire, precum și a legislației incidente în procedura privind serviciile supuse achiziției.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația nr. 943/14.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36321/14.07.2021, ... SRL atacă adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1597/09.07.2021 și raportul procedurii nr. 1594/09.07.2021, acte întocmite de, ulterior emiterii deciziei Consiliului nr. 1347/C3/1425,1427 din 24.06.2021, apreciind că aceasta din urmă nu a respectat, nici de această dată, principiile care stau la baza achizițiilor publice, așa cum sunt ele prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, dar nici dispozițiile art. 49 și art. 50 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora avea obligația de a acorda operatorilor economici un tratament nediscriminatoriu și egal și de a acționa într-o manieră transparentă și proporțională, imperativul respectării acestei obligații fiind reiterat și prin dispozițiile art. 209 din același act normativ.

Contestatoarea reclamă și încălcarea dispozițiilor art. 210 alin. (1)-(6) din Legea nr. 98/2016, susținând că autoritatea contractantă nu a întreprins tot ceea ce i-a stat în putință pentru tratarea egală și transparentă a ofertelor, prin faptul că nu a verificat corectitudinea formării prețurilor din cadrul ofertelor și nu a solicitat clarificări cu privire la acestea, preferând să atribuie contractul ofertantului cu prețul cel mai scăzut, dar care nu poate fi și justificat.

Preliminar, contestatoarea precizează că a solicitat autorității contractante acces la documentele din dosarul achiziției publice care susțin ofertele financiare depuse de SRL (clasată pe locul 1), ...SRL (clasată pe locul 3) și SRL (clasată pe locul 5).

În acest context, contestatoarea solicită verificarea caracterului confidențial al ofertei depuse de SRL, arătând că, pentru a beneficia de protecția instituită de art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dovada confidențialității informațiilor protejate ar trebui să facă parte din ofertă.

Pe fondul cauzei, contestatoarea reia critica formulată în etapa procesuală precedentă, potrivit căreia, ...SRL și SRL (posibil și alți ofertanți) nu au respectat cerința caietului de sarcini, care prevede că *prețul se va evidenția în lei sub formă de tarif/oră/agent, fără TVA, și va cuprinde și prețul total al contractului. Oferta financiară va fi detaliată cu toate costurile incluse.*

Totodată, reclamă contestatoarea, pe lângă faptul că oferta depusă de SRL trebuia declarată neconformă în urma modificării ei, din justificarea tarifului propus de ofertant lipsesc: (i) cheltuielile cu concediile de odihnă (191.67 lei/lună x 8 luni); (ii) cheltuielile cu echipamentul (poate varia între 25-50 lei/lună x 8 luni); (iii) cheltuielile cu pregătirea anuală continuă a agenților; (iv) cheltuielile cu medicina muncii; (v) fond de handicap (4%); (vi) cheltuielile cu diurna (în cazul în care sunt folosite convenții din alte județe).

De altfel, autoritatea contractantă nu a solicitat nici declarații cu privire la justificarea convențiilor, precum dovada că nu a mai participat și la alte proceduri cu convențiile atașate ofertei și un angajament că

oferantul urmează să asigure serviciile pe întreaga durată a contractului cu persoane cu care s-a angajat în prezenta procedură.

În continuare, contestatoarea susține că SRL nu a furnizat detalierea cheltuielilor și nu a inclus, în formarea prețului, cheltuieli cu privire la concedii de odihnă, sporuri de noapte și de week-end, eventuale cheltuieli cu ore suplimentare, neexistând solicitări de clarificări cu privire la aceste aspecte.

În aceste condiții, contestatoarea arată că tariful oferat de SRL, de 13,58 lei/oră, este nejustificat, în condițiile în care nu sunt nici deduceri rezultate din convenții cu AJOFM.

Prezentând date cu privire la perioada solicitată în cadrul procedurii pentru prestarea serviciilor de pază, contestatoarea arată că, pentru 10.400 ore, cheltuielile salariale nu pot să scadă sub 18,75 lei/oră/agent. La acesta se adaugă cheltuielile indirecte (cum ar fi echipamente, diurne, pregătire continuă, cheltuieli cu intervenția rapidă, medicina muncii, profit, alte cheltuieli).

Prin adresa nr. 1687/CNFPPP/19.07.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 37300/20.07.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, pe cale de excepție, pentru lipsa calității de persoană vătămată și, pe fond, ca neîntemeiată.

În susținerea excepției invocate, autoritatea contractantă precizează că SRL, fiind clasată pe locul 6, nu are niciun folos practic chiar la o reluare a competiției.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă arată că a dus la îndeplinire dispozițiile deciziei Consiliului nr. 1347/C3/1425,1427 din 24.06.2021, prin continuarea procesului de evaluare a condițiilor financiare în care oferta desemnată câștigătoare (depusă de SRL) asigură îndeplinirea cerinței de prestare a serviciilor de intervenție, în sensul cuprinderii efective a costurilor în oferta inițială.

În acest sens, analizând răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a constatat că SRL a cuprins costurile serviciilor de intervenție în cadrul cheltuielilor indirecte din oferta inițială.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, odată cu reevaluarea ofertei financiare detaliate (a justificării tarifului orar), anexată adresei de răspuns la clarificări, a constatat faptul că ofertantul a cuprins preturile corespunzătoare obligațiilor legale de acordare a salariului minim garantat în plată pentru salariați și de plată către stat a contribuțiilor aferente, existând dovada de întocmire a prețului/agent la nivel minim (existând evidențiate cheltuieli cu plata salariilor, cheltuieli cu sporurile de noapte, cu sporurile de sâmbătă și duminică, cu sărbătorile legale, cheltuieli cu contribuțiile sociale, cheltuieli indirecte și chiar un profit), de 16,92 lei/oră/agent, fără aplicarea deducerilor.

În continuare, autoritatea contractantă reclamă solicitarea contestatoarei de a avea acces selectiv la documentele dosarului achiziției publice, respectiv la cele ale ofertanților clasati pe locurile 1, 3 și 5, presupunând că între contestatoare și ofertantul clasat pe locul 2 (..... SRL) ar exista o strânsă legătură și că demersurile contestatoarei ar fi efectuate în favoarea acesteia din urmă.

Considerând că a respectat principiul transparenței, precum și principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu, aplicând în mod egal selecția și verificarea "candidaților" cu ocazia continuării procesului de reevaluare a ofertelor, autoritatea contractantă arată că nu sunt motive întemeiate pentru anularea rezultatului procedurii și a raportului procedurii, sau chiar a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38218/....., ... SRL a transmis o cerere de intervenție voluntară, față de comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 1596/09.07.2021, față de raportul procedurii nr. 1594/09.07.2021, precum și față de actele subsecvente acestora, prin care solicită anularea lor în partea ce privește desemnarea ofertei câștigătoare și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SRL, cu respectarea celor reținute prin deciziile Consiliului nr. 1062/C3/925/1172 din 20.05.2021 și nr. 1347/C3/1425/1427 din 24.06.2021, a legislației în materie de achiziții, a documentației de atribuire, precum și a legislației incidente în procedura privind serviciile supuse achiziției.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzelor, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat, la 08.04.2021, o procedură proprie în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Servicii de pază la CNFPPP”, prin publicarea în SEAP, a anunțul de publicitate nr. ADV1204759.

Nemulțumită de noul rezultat al procedurii de atribuire, ... SRL a formulat contestația de față, considerând că autoritatea contractantă nu a pus corect în aplicare deciziile precedente ale CNSC.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SRL a înaintat recipisa nr. 207346350/1, de consemnare a cauțiunii, în valoare de 3.052 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 19.07.2021.

Consiliul are în vedere, de asemenea, că SRL a transmis o cerere de intervenție voluntară, prin care solicită anularea documentelor privind rezultatul procedurii, în partea ce privește desemnarea ofertei câștigătoare, adică raportul procedurii și adresa de comunicare nr. 1596/09.07.2021, precum și actele subsecvente acestora, dar și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SRL, cu respectarea deciziilor CNSC anterioare.

La analiza în principiu a cererii de intervenție, Consiliul constată că este formulată de un ofertant implicat în procedură, autoarea având oferta clasată pe locul 2 (în clasamentul competiției derulate). Prin urmare, intervenția este considerată admisibilă în principiu.

Nefiind o cerere de intervenție calificată de autoare, Consiliul face analiza obiectului explicit al acesteia, din cererile formulate și din criticile aduse modului de derulare a activității de evaluare, din partea autorității contractante, rezultând că are unic scop înlăturarea din competiție a ofertei câștigătoare. Prin urmare, autoarea revendică un drept propriu, pe calea unei cereri de intervenție care are caracter principal. Altfel spus, dreptul de a solicita excluderea din competiție a ofertei câștigătoare trebuia valorificat, în mod direct, pe calea unei contestații, cererea de intervenție cu același scop neputând fi accesorie acțiunii de față, care opune un drept distinct.

Or, conform prevederilor art. 62 alin. (1) din Codul de procedură civilă, care completează dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, "Cererea de intervenție principală va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată".

Având în vedere caracteristicile de fapt și de drept ale acestei cereri, Consiliul a solicitat SRL să prezinte dovezi ale constituirii cauțiunii, pentru ca intervenția principală să fie analizată în condițiile prevăzute la art. 61 și 66 din Codul de procedură civilă. Nefiind comunicate dovezile de constituire a cauțiunii, Consiliul va respinge cererea de intervenție, ca inadmisibilă.

Înainte de analiza pe fond a cauzei, Consiliul este ținut a soluționa cererea formulată pe cale de excepție, de către autoritatea contractantă, prin care solicită respingerea contestației, pentru lipsa calității de persoană vătămată a autoarei SRL. În susținerea excepției invocate, autoritatea contractantă precizează că SRL, fiind clasată pe locul 6, nu are niciun folos practic, chiar la o reluare a competiției.

Contrar susținerilor autorității contractante, Consiliul constată că autoarea criticilor formulează obiecții de nelegalitate a activității de evaluare derulate de achizitor, cel puțin în privința modului de justificare a tarifului unitar și a prețului total, pentru toate ofertele clasate înaintea ofertei sale. În fapt, pe lângă reclamarea incorectei analize a ofertei desemnate câștigătoare, raportat la decizia CNSC precedentă prezentei cauze, contestatoarea invocă și dovezi ale inexistenței unei evaluări complete a celorlalte oferte, rezultând din documentele consultate, parte a dosarului achiziției, la care a avut acces.

Practica recentă a instanțelor, dar și a Consiliului, în privința unor situații precum cea în discuție, a statuat asupra existenței unui astfel de interes în promovarea unei acțiuni, în concordanță cu soluțiile emise și de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, precum cauza C - 333/18, Lombardi Srl împotriva Comune di Auletta, Delta Lavori SpA, Msm Ingegneria Srl, în care hotărârea din 5 septembrie 2019 a statuat că:

Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că se opune ca o cale de atac principală introdusă de un ofertant care are vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciat sau riscă să fie prejudiciat printr-o presupusă încălcare a dreptului Uniunii în materie de contracte de achiziții publice sau a normelor de transpunere a acestui drept și prin care se urmărește excluderea unui alt ofertant să fie declarată inadmisibilă în temeiul normelor sau al practicilor jurisprudențiale procedurale naționale care privesc soluționarea căilor de atac în excludere reciprocă, indiferent care ar fi numărul de participanți la procedura de atribuire a contractului și numărul celor care au introdus căi de atac.

În consecință, Consiliul va respinge excepția autorității contractante, ca nefondată, urmând a soluționa cauza pe fond, în sensul analizei modului de continuarea a procedurii de atribuire, după emiterea Deciziei CNSC precedente (nr. 1347/C3/1425,1427 din 24.06.2021).

Conform respectivei decizii, odată cu anularea deciziei de stabilire a câștigătorului procedurii, autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea respectivei oferte, Consiliul statuând: *Anulează raportul procedurii nr. 1258/02.06.2021 și adresele nr. 1264 și 1265 din 02.06.2021, ca acte subsecvente primului, vizând rezultatul actual al procedurii și obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de evaluare a ofertelor, în 11 zile de la primirea deciziei, privind condițiile financiare în care oferta desemnată câștigătoare asigură îndeplinirea cerinței de prestare a serviciilor de intervenție, în sensul cuprinderii efective a costurilor în oferta inițială, conform motivării de mai sus.*

În cauza prezentă, Consiliul ia act de faptul că autoritatea contractantă a continuat procesul de evaluare a ofertelor, emițând un nou raport al procedurii, nr. 1594/09.07.2021, cu stabilirea câștigătoare, din nou, a ofertei SC SRL. Din cuprinsul noului raport al procedurii, rezultă că autoritatea contractantă a solicitat informații de clarificare, privitor la includerea costurilor cu activitatea de intervenție/monitorizare în oferta inițială, de către SC SRL, iar evaluarea răspunsului primit și a documentelor atașate a condus la stabilirea admisibilității ofertei lui.

Consiliul reiterează că, în raport cu tipul procedurii de atribuire derulate, dispozițiile exprese ale Legii nr. 98/2016 și ale normelor de aplicare a ei, aprobate prin HG nr. 395/2016, nu prezintă relevanță în cauză. Conform prevederilor alin. (1) al art. 111 din Legea nr. 98/2016, în situații precum cea de față, achizitorul are obligația de a respecta principiile din domeniu, nu prevederile specifice ale legii, legate de

procedurile numite și detaliate în aceasta: *Procedura de atribuire prevăzută la art. 68 alin. (1) lit. h), aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2, este o procedură proprie, autoritatea contractantă având obligația respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).*

Din nou, Consiliul va trebui să stabilească dacă acceptarea informațiilor de clarificare emise de SC SRL vin sau nu în contradicție cu principiile din domeniul achizițiilor publice, respectiv, dacă conduita autorității contractante a vătămat un drept al contestatoarei, inclusiv în privința modului de asigurare a accesului la unele informații din dosarul achiziției.

Văzând modalitatea de justificare a costului serviciilor de intervenție/monitorizare, ce ar putea fi asigurate de SRL, în beneficiul ofertantului SC SRL, care ar presta serviciile de pază necesare autorității contractante, Consiliul constată incorecta apreciere asupra realității/concludenței informațiilor.

În tabelul cuprinzând justificarea detaliată a tarifului orar privind serviciile de pază, SC SRL a precizat că toate cheltuielile indirecte, rezultând din serviciile ce urmează a fi prestate, acoperă tariful pentru asigurarea serviciilor de monitorizare și intervenție, pe care l-ar plăti, lunar, pentru SRL (80 lei).

Din această justificare, rezultă că autoarea ofertei nu ar avea niciun cost indirect cu derularea serviciilor de pază, în sensul că nu ar avea costuri (costuri "0" lei) cu dotarea agenților, cu asigurarea cheltuielilor de administrare generală, de pregătire a personalului, cu sănătatea și securitatea muncii (controale medicale și protecția muncii) etc. O astfel de justificare nu poate fi acceptată, lipsa unor asemenea costuri din activitatea unui operator economic putând releva, mai curând, nedesfășurarea unei activități comerciale în condiții legale.

În altă ordine de idei, prin adresa nr. 431/06.07.2021, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1564/07.07.2021, SC SRL face trimitere la o declarație a SRL, atașată adresei amintite, care ar confirma includerea respectivelor costuri în oferta inițială. Or, adresa în cauză, emisă ulterior ofertării, aparține prestatorului serviciilor declarat în ofertă, nu operatorului economic care a întocmit oferta respectivă, astfel că nu reprezintă un document de confirmare a realității existenței sumelor în cauză la nivelul ofertei inițiale.

În același timp, declarația în cauză face trimitere la tipul serviciilor acoperite de abonamentul lunar (80 lei), monitorizare permanentă și intervenții (din care 3 gratuite) pentru alarme, efracție, buton de panică și cauzate de incorecta utilizare a instalației de alarmare). Prețul unei intervenții, în afara celor gratuite, ar fi de 30 lei.

Or, prin contractul prezentat odată cu oferta, prețul de 30 de lei ar fi aplicat pentru intervențiile cauzate de utilizare defectuoasă sau eronată a

instalației de alarmare, de alarmarea intenționată fără motiv real sau cu rea credință.

Prin urmare, chiar dacă s-ar ignora caracterul neconcludent al informației că aceste cheltuieli sunt, de fapt, singurele cheltuieli indirecte legate de derularea viitorului contract de achiziție publică, este evidentă lipsa de fermitate a prețului cu serviciile de monitorizare și intervenție, nefiind cert care tipuri de servicii sunt gratuite și care se adaugă la prețul inițial al abonamentului.

Pentru lipsa de fermitate a ofertei, care a beneficiat de repetate etape de clarificare/confirmare, autoritatea contractantă trebuia să decidă excluderea ei din competiție, cu respectarea principiilor transparenței, egalității de tratament și proporționalității. Acceptarea acestei oferte, care conține elemente de risc evident a executării nelegale a serviciilor de pază, conduce la încălcarea amintitelor principii, în lipsa dovezilor că celelalte oferte au beneficiat de același tratament, în aceeași situație.

În mod întemeiat solicită contestatoarea anularea deciziei privind stabilirea ofertei câștigătoare, Consiliul urmând a o admite, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Din documentele puse la dispoziția Consiliului nu rezultă că autoritatea contractantă a făcut o analiză a sustenabilității prețului ofertat, în raport cu costurile componente, ce derivă, în special, din salariile ce ar trebui acordate personalului de pază.

Aceeași situație este validă și în privința celorlalte oferte din procedură, față de care nu există dovezi ale analizei modului în care au fost stabilite prețurile propuse, dar pe care autoritatea contractantă le-a considerat reale, acceptând că ofertele sunt admisibile.

Revenea autorității contractante obligația evaluării ofertelor, raportat la principiile din domeniu și la condițiile din documentația de atribuire pusă la dispoziția ofertanților (caiet de sarcini și formulare, inclusiv, model de contract), inclusiv în legătură cu prețul propus (punctul 3. *Propunerea tehnică și financiară* din caietul de sarcini: *prețul se va evidenția în lei sub formă de tarif/oră/agent, fără TVA, și va cuprinde și prețul total al contractului. Oferta financiară va fi detaliată cu toate costurile incluse.*).

Doar prezentarea, sub formă tabelară, a unor valori ale costurilor asociate prețului, pornind de la utilizarea salariului minim pe economie, ce ar fi utilizat pentru încadrarea personalului, nu poate reprezenta dovada realității și sustenabilității prețurilor propuse, care se situează între 123.760 lei și 142.480 lei, adică într-un interval valoric care trebuia să conducă la necesitatea justificării tarifelor orare/agent de pază, aparent, neobișnuit de scăzute (între 11,90 lei și 13,70 lei).

Nu trebuia omis de către achizitor nici faptul că, în procesul de analiză, a exclus din competiție un ofertant care avea tarif unitar egal cu al ofertantului câștigător, după ce a constatat absența unui cost din acesta. Or, pentru o analiză egală a ofertelor, autoritatea contractantă

trebuia să solicite informații de certitudine, tuturor ofertanților, nu să se abțină de la o evaluare care să conducă la stabilirea celei mai bune oferte.

În acest sens, solicitarea contestatoarei de a se constata incorecta stabilire a admisibilității ofertelor (inclusiv a celei câștigătoare) apare ca fiind întemeiată, lipsind demersurile de clarificare sus evocate, iar Consiliul va dispune anularea raportului procedurii de atribuire, în privința analizei financiare a ofertelor încă implicate în procedură, și obligarea autorității contractante la continuarea procesului de analiză, în 15 zile, pornind de la constatarea inadmisibilității ofertei desemnate câștigătoare.

Cât privește caracterul confidențial al unor informații din oferte, Consiliul constată că autoarea criticilor pretinde un tratament discreționar al autorității contractante, ce nu i-ar fi permis accesul la informații care nu au acest statut, în raport cu ofertele contracandidate care conțin o declarație de conformitate. Or, întrucât contestatoarea evocă doar oferta SRL, Consiliul a parcurs conținutul acesteia și a constatat că este eronată aprecierea autorității contractante că absolut toate informațiile din respectiva ofertă ar dovedi caracter confidențial. Deși documentele care conțin date cu caracter personal, precum și cele care ar face referire la o relație comercială cu terți furnizori apar drept date ce trebuie protejate, conținutul propunerii tehnice care nu prezintă soluții proprii de prestare a serviciilor, ci soluțiile din caietul de sarcini, precum și conținutul propunerii financiare, care nu cuprinde decât modalitatea de calcul a viitorului preț, pornind de la salariul minim pe economie și drepturi aferente, inclusiv cotele obligatorii de contribuție la bugetul de stat (adică valori impuse prin legislația muncii), ar trebui aduse la cunoștință ofertanților interesați, întrucât nu ar putea prejudicia deținătorul lor. Acest tip de "protecție" a tuturor informațiilor din oferte, nu doar a celor care ar reclama în mod obiectiv o astfel de măsură, excede unui comportament diligent și onest din partea autorilor, ce ignoră faptul că sunt implicați în proceduri de atribuire care au transparența drept caracteristică principală.

Consiliul constată că, în fapt, acest tip de informații este accesibil în alte oferte, fără ca autorității contractante să i se interzică expres punerea lor la dispoziția terților.

În consecință, revine autorității contractante, în baza principiilor egalității de tratament și transparenței, obligația de a analiza și discerne între informațiile cu caracter confidențial real și de a le pune la dispoziția contestatoarei pe cele cu statut de informație publică, conform considerentelor precedente.

În privința solicitării contestatoarei ca, în exercitarea atribuțiilor specifice, Consiliul să sesizeze ANAP, privitor la modul de punere în aplicare a deciziilor anterior emise și la întârzierea nejustificată de derulare a procedurii, se constată absența unor motive de fapt care să concure la aplicarea prevederilor art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016: *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 Agenția 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.

Actele atacate de contestatoare, precum și măsurile dispuse de Consiliu asigură, cu suficiență, cadrul legal pentru remedierea procedurii de atribuire, nefiind identificate alte acte care ar încălca legislația în materie.

Prin urmare, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, în parte, va anula raportul procedurii nr. 1594/09.07.2021 și adresa nr. 1597 din 09.07.2021, ca acte subsecvente primului, vizând rezultatul actual al procedurii și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procesului de evaluare a ofertelor încă implicate în procedură, în 15 zile de la primirea deciziei, privitor la analiza lor financiară. În același timp, autoritatea contractantă va ține cont de caracterul inadmisibil al ofertei desemnate câștigătoare, sus stabilit.

De asemenea, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la stabilirea caracterului ne/confidențial al informațiilor din oferte, în maniera anterior evocată.

Consiliul va respinge, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor alin. (6) al aceluiași art. 26 din Legea nr. 101/2016, cererea de investire a ANAP în exercitarea unui control asupra procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE

Admite în principiu cererea de intervenție principală înaintată de SRL.

Respinge excepția privind lipsa calității de persoană vătămată a autoarei contestației, ... SRL, invocată de autoritatea contractantă, ca nefondată.

Admite, în parte, contestația SRL împotriva rezultatului emis de autoritatea contractantă în procedura proprie inițiată cu anunțul de publicitate nr. ADV1204759 din la 31.03.2021.

Anulează raportul procedurii nr. 1594/09.07.2021 și adresa nr. 1597 din 09.07.2021, ca act subsecvent primului, vizând rezultatul actual al procedurii și obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de evaluare a ofertelor încă implicate în procedură, în 15 zile de la primirea

deciziei, privitor la analiza lor financiară, mai puțin a ofertei desemnate câștigătoare, ce prezintă caracter inadmisibil, conform motivării de mai sus.

Obligă autoritatea contractantă la stabilirea caracterului ne/confidențial al informațiilor din oferte, în maniera stabilită prin motivare.

Respinge, ca nefondată, cererea de investiție a ANAP în exercitarea unui control asupra procedurii de atribuire.

Respinge cererea de intervenție principală, înaintată de SRL, ca inadmisibilă, pentru lipsa cauțiunii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

.....

OPINIE SEPARATĂ

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului asupra contestației și a cererii de intervenție, în ceea ce ne privește, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu ele.

Asupra cererii de intervenție, în opinia majoritară se consemnează în considerente (pe care nu le criticăm în niciun fel):

Consiliul are în vedere, de asemenea, că SRL a transmis o cerere de intervenție voluntară, prin care solicită anularea documentelor privind rezultatul procedurii, în partea ce privește desemnarea ofertei câștigătoare, adică raportul procedurii și adresa de comunicare nr. 1596/09.07.2021, precum și actele subsecvente acestora, dar și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SRL, cu respectarea deciziilor CNSC anterioare.

La analiza în principiu a cererii de intervenție, Consiliul constată că este formulată de un ofertant implicat în procedură, autoarea având oferta clasată pe locul 2 (în clasamentul competiției derulate). Prin urmare, intervenția este considerată admisibilă în principiu.

Nefiind o cerere de intervenție calificată de autoare, Consiliul face analiza obiectului explicit al acesteia, din cererile formulate și din criticile aduse modului de derulare a activității de evaluare, din partea autorității contractante, rezultând că are unic scop înlăturarea din competiție a ofertei câștigătoare. Prin urmare, autoarea revendică un drept propriu, pe calea unei cereri de intervenție care are caracter principal. Altfel spus, dreptul de a solicita excluderea din competiție a ofertei câștigătoare trebuia valorificat, în mod direct, pe calea unei contestații, cererea de intervenție cu același scop neputând fi accesorie acțiunii de față, care opune un drept distinct.

Or, conform prevederilor art. 62 alin. (1) din Codul de procedură civilă, care completează dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, "Cererea de intervenție principală va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată".

Având în vedere caracteristicile de fapt și de drept ale acestei cereri, Consiliul a solicitat SRL să prezinte dovezi ale constituirii cauțiunii, pentru ca intervenția principală

să fie analizată în condițiile prevăzute la art. 61 și 66 din Codul de procedură civilă. Nefiind comunicate dovezile de constituire a cauțiunii, Consiliul va respinge cererea de intervenție, ca inadmisibilă.

și în dispozitiv:

Admite în principiu cererea de intervenție principală înaintată de SRL.

Respinge cererea de intervenție principală, înaintată de SRL, ca inadmisibilă, pentru lipsa cauțiunii.

Așadar, cererea a fost apreciată, concomitent, admisibilă și inadmisibilă, soluție la care nu achiesăm.

Pe de altă parte, având în vedere obiectul procesual esențial al cererii (reprodus în partea introductivă a deciziei), voința juridică a autoarei este, mai degrabă, nu de a interveni în litigiul pendinte în favoarea vreuneia dintre părți, ci de a participa în calitate de contestatoare. În consecință, în virtutea rolului activ și al art. 22 alin. (4) C. proc. civ. [„Judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire. În acest caz judecătorul este obligat să pună în discuția părților calificarea juridică exactă.”], obligația Consiliului era de a determina calificarea juridică exactă a cererii aparținând SRL, precedată de punerea în discuția părții.

Ne detașăm de concluzia majorității, că am fi în prezența unei intervenții voluntare principale, convingerea noastră fiind că intervenția putea fi apreciată drept contestație (de altminteri, intervenienta însăși face referire la „contestație” în cuprinsul actului său).

Separat de această concluzie, ne detașăm de poziția majorității și în privința obligării intervenientului de constitui cauțiunea prescrisă de art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care prevede că, pentru soluționarea contestației, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune (în cuantumul acolo fixat).

În speța de față, până la recalificarea actului său, ... SRL deține calitatea procesuală de intervenient, nu de contestator, situație în care nu intră în sarcina sa obligația de a aduce vreo cauțiune, pentru a îi putea fi examinată cererea de intervenție. În actuala configurație a art. 611 alin. (1), cauțiunea este datorată doar de contestatori, nu de către intervenienți, indiferent de felul intervenției. De bună seamă că, o cerere de intervenție poate fi recalificată în contestație, însă nu acesta a fost cazul în speță. Cererea de intervenție nu poate fi tratată drept contestație, pentru care să fie datorată cauțiune, și respinsă ca intervenție, pentru care nu se datorează cauțiune.

Totodată, trebuie subliniat că singurul mecanism procesual prin care o persoană vătămată atacă actele autorității contractante îl constituie contestația supusă rigorilor Legii nr. 101/2016, iar nu cererea de intervenție principală, interpretarea contrară ducând la situații juridice inacceptabile, cum ar fi eludarea termenelor stricte de contestare statuate la art. 8 din Legea nr. 101/2016. Cu alte cuvinte, nu se poate recurge la

mecanismul intervenției principale pentru a se eluda mecanismul de atac dedicat de legiuitor persoanelor vătămate.

În consecință, analizarea cererii intervenientului presupunea punerea în discuție a recalificării în contestație, iar nu considerarea drept intervenție principală și respingerea ei pentru neconstituirea vreunei cauțiuni.

Pe de altă parte și extrem de important, în contextul în care autoritatea contractantă declară că nu are cunoștință de cererea de intervenție formulată de SRL, întrucât nu i-a fost comunicată, intra în sarcina forului de jurisdicție să elucideze dacă intervenientul a comunicat sau nu cererea sa autorității, întrucât omiterea comunicării este sancționată cu tardivitatea [art. 17 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 – „Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/ contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.”].

Nu susținem nici soluția asupra capătului de cerere de obligare a autorității contractante la verificarea caracterului confidențial al informațiilor declarate astfel de către participanții la procedură, inclusiv de către SRL, motivată după cum urmează (considerente pe care nu le criticăm în niciun fel):

Cât privește caracterul confidențial al unor informații din oferte, Consiliul constată că autoarea criticilor pretinde un tratament discreționar al autorității contractante, ce nu i-ar fi permis accesul la informații care nu au acest statut, în raport cu ofertele contracandidate care conțin o declarație de conformitate. Or, întrucât contestația evocă doar oferta SRL, Consiliul a parcurs conținutul acesteia și a constatat că este eronată aprecierea autorității contractante că absolut toate informațiile din respectiva ofertă ar dovedi caracter confidențial. Deși documentele care conțin date cu caracter personal, precum și cele care ar face referire la o relație comercială cu terți furnizori apar drept date ce trebuie protejate, conținutul propunerii tehnice care nu prezintă soluții proprii de prestare a serviciilor, ci soluțiile din caietul de sarcini, precum și conținutul propunerii financiare, care nu cuprinde decât modalitatea de calcul a viitorului preț, pornind de la salariul minim pe economie și drepturi aferente, inclusiv cotele obligatorii de contribuție la bugetul de stat (adică valori impuse prin legislația muncii), ar trebui aduse la cunoștință ofertanților interesați, întrucât nu ar putea prejudicia deținătorul lor. Acest tip de „protecție” a tuturor informațiilor din oferte, nu doar a celor care ar reclama în mod obiectiv o astfel de măsură, excede unui comportament diligent și onest din partea autorilor, ce ignoră faptul că sunt implicați în proceduri de atribuire care au transparența drept caracteristică principală.

Consiliul constată că, în fapt, acest tip de informații este accesibil în alte oferte, fără ca autorității contractante să i se interzică expres punerea lor la dispoziția terților.

În consecință, revine autorității contractante, în baza principiilor egalității de tratament și transparenței, obligația de a analiza și discerne între informațiile cu caracter confidențial real și de a le pune la dispoziția contestației pe cele cu statut de informație publică, conform considerentelor precedente.

Capătul de cerere trebuia respins ca lipsit de interes, câtă vreme contestația nu pretinde Consiliului să oblige autoritatea să îi pună la dispoziție vreun anumit document, ci doar „verificarea caracterului confidențial al informațiilor”. În consecință, neurmărind să aibă acces la vreun document, eventuala admitere a capătului de cerere nu îi procură niciun folos, fiind lipsit de interes. Simpla obligare a autorității contractante la „stabilirea caracterului ne/confidențial al informațiilor din

oferte, în maniera stabilită prin motivare” nu are nicio finalitate pentru contestatoare, căreia nici măcar nu îi va fi comunicat rezultatul la care se va opri autoritatea.

Nu îmbrățișăm nici soluția Consiliului de a respinge, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor alin. (6) al art. 26 din Legea nr. 101/2016, a cererii de investire a ANAP în exercitarea unui control asupra procedurii de atribuire. Această cerere trebuia respinsă ca inadmisibilă, nicidecum ca nefondată, pe temeiul art. 26 alin. (4) din lege: „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 Agenția 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.” Consiliul este singurul în măsură să aprecieze asupra existenței altor acte nelegale, din oficiu, nu la cererea vreuneia dintre părțile cauzei. Dacă SRL are cunoștință despre încălcări nesesizate, poate informa el însuși ANAP și Curtea de Conturi, iar nu să mandateze forul jurisdicțional în acest sens.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând, totodată, necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

.....

.....

.....