

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

DECIZIE

Nr. 1717/C1/1710

Data: 16.08.2022

Prin contestația nr. 378/19.07.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 35799/19.07.2022, formulată de Asociera SC SRL- SC SRL, prin lider de asociere SC SRL cu sediul în, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. având CUI, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 47666/11.07.2022, emis de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, ..., județul, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Sericii de pază și protecție pentru obiective ale Municipiului, cod CPV: 79713000-5, s-a solicitat:

- admiterea contestației;
- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 47666/11.07.2022;
- reanalizarea și, respectiv oferta depusă de

Prin adresa nr. 883/27.07.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 37363/28.07.2022, ... cu sediul în, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. având CUI, formulează cerere de intervenție, solicitând:

- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere și excluderea ofertei depuse de Asociera SRL - SC SRL, în baza art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, având în vedere ca „a avut acces” ilegal la informații confidențiale din oferta;

- respingerea contestației formulate cu privire la criticile formulate împotriva ofertei declarate câștigătoare, ca fiind nemotivate, nefondate și, în ipoteza completării motivelor, după studierea dosarului, respingerea acestora ca tardive/inadmisibile;

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, în principal ca intervenție principală;

- respingerea solicitării de acces la documentele declarate ca fiind confidențiale.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, SC SRL precizează că prin adresa nr. 47666/11.07.2022, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa nu a fost declarată câștigătoare, întrucât nu a îndeplinit criteriul ales, respectiv „prețul cel mai scăzut”, dintre ofertele admisibile, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de

În continuare, contestatorul dezvoltă criticile cu privire la oferta declarată câștigătoare, după cum urmează:

Critica 1 referitoare la programul de lucru al angajaților.

Contestatorul face trimitere la prevederile Codului muncii art. 112 punctul 1: „Pentru salariații angajați cu normă întreagă durata timpului de lucru este de 8 ore pe zi și 40 de ore pe săptămână”, prin excepție articolul 115 reglementează faptul că: „durata specială a timpului de lucru pentru anumite profesii - conform punctului 2 „durata zilnică a timpului de lucru de 12 ore va fi urmată de o perioadă de repaus de 24 ore”, arătând că ofertantul în cauză nu respectă nici programul de 8 ore și nici programul de maxim 12 ore, ofertând cu încălcarea Codului muncii un program de 24 de ore / agent de pază, acest aspect fiind reflectat în calculația de preț depusă: „la litera c) numărul de schimburi pe parcursul unei zile, respectiv 24 de ore pe zi - 1 schimb”.

Având în vedere faptul că modalitatea aleasă de ofertantul în cauză de a utiliza un program de 24 de ore a timpului de muncă pentru un salariat pe zi contravine prevederilor legale, respectiv Codului muncii, contestatorul apreciază faptul că oferta este inacceptabilă și neconformă.

Critica 2 referitoare la cheltuieli indirecte.

Contestatorul susține despre cuantumul cheltuielilor indirecte că este nesustenabil și nu poate acoperi toate cheltuielile necesare desfășurării activității de pază ce face obiectul prezentei proceduri și mai mult decât atât ofertantul în cauză nu cuprinde în totalul cheltuielilor indirecte costurile cu subcontractantul propus a căror valoare în procent de 0,71 % din valoarea ofertată de 1.011.949,12 lei reprezintă 7.184,83 lei ($1.011.949,12 \times 0,71\%$). Astfel, valoarea aferentă subcontractantului de 7.184,83 lei nu acoperă totalul cheltuielilor indirecte; mai mult, ofertantul în cauză invocă în mod eronat faptul că în cuantumul propus a cuprins și o serie de cheltuieli cum ar fi: cheltuieli cu uniforma, echipamente de protecție, dotări, comunicații, cheltuieli indirecte, etc.

Precizează de asemenea că prin calculația de preț justifică costurile cu privire la asigurarea serviciilor de pază umană, calculația raportându-se conform lit. b) la un post de pază iar în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, autoritatea contractantă solicită conform Capitolului 5 Cerințe impuse „să intervină prin intervenție operativă în caz de efracție, atac la persoană, jaf armat, acte teroriste, accidente medicale etc. la obiectivele cuprinse în caietul de sarcini aferent procedurii”, aspect confirmat de către autoritatea contractantă și prin solicitarea de clarificări nr. 281234 din 18.04.2022 – întrebarea 4 la solicitarea de clarificări nr. 1.

Menționează că pentru aceste servicii de intervenție, ofertantul declarat câștigător alege să subcontracteze către SC SRL aceste servicii în baza acordului de subcontractare într-un cuantum procentual de 0,71 % din valoarea ofertată, însă aceste costuri în valoare de 7.184,83 lei nu au fost cuprinse de ofertantul în cauză în valoarea totală

ofertată. În acest sens, face trimitere la acordul de subcontractare nr. 612 din 19.05.2022 unde la art. 2 este prevăzut faptul că „se vor subcontracta monitorizarea și intervenția”.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă avea obligația verificării sustenabilității și realității sumelor incluse la „Capitolul total cheltuieli indirecte”, astfel că orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte, trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, nu pe elemente insuficiente sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Consideră de asemenea că aplicarea în mod corespunzător a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 statuează faptul că în lipsa unor solicitări de clarificare / detalieri a prețurilor oferite, autoritatea contractantă nu putea determina sustenabilitatea ofertei.

Mai mult, se poate constata faptul că acele costuri cu subcontractantul propus depășesc cu mult totalul cheltuielilor indirecte.

Critica 3 referitoare la fondul de handicap.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a verificat cu privire la valoarea 0 indicată de ofertantul în cauză, la capitolul Fond de handicap, următoarele aspecte:

a) valabilitatea certificatelor de încadrare în grad de handicap a celor 28 de persoane indicate. Sub acest aspect apreciază faptul că pentru acele certificate de încadrare în grad de handicap care la data depunerii procedurii erau expirate sau cu termenul de revizuire depășit conform legislației naționale, respectiv Codului fiscal și Legea nr. 448/2006, nu pot face obiectul deducerii costurilor implicate cu aceasta obligație fiscală, în lipsa unui certificat valid de încadrare în grad de handicap.

b) autoritatea contractantă trebuie să se asigure asupra faptului că cele 28 de persoane încadrate în grad de handicap de ofertantul în cauză sunt angajate iar în acest sens avea obligația pentru a se asigura de realitatea celor declarate, de a solicita ofertantului, extrasele din Revisal pentru cele 28 de persoane din care să rezulte că la data depunerii ofertei aceste persoane erau angajați ai operatorului economic în cauză.

În lipsa acestor verificări contestatorul solicită Consiliului să dispună verificarea și reevaluarea ofertei și sub acest aspect.

Critica 4 cu privire la personalul de execuție propus.

Potrivit cap. 5.1 din caietul de sarcini prestatorul trebuie să facă dovada atestării personalului propus pentru executarea serviciilor și totodată conform Solicitărilor de clarificări nr. 28/1234 din 18.04.2022, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr.2 întrebarea 1, autoritatea contractantă a impus în mod obligatoriu prezentarea atestatelor pentru exercitarea profesiei de agent de pază pentru angajații ce vor presta serviciile de paza la obiectivele ce fac obiectul contractului și totodată prin acesta se impune că la data ofertării, ofertanții să aibă angajat personalul atestat.

Având în vedere faptul că potrivit extraselor din Revisal depuse, personalul propus de ofertantul nu are domiciliul pe raza obiectivelor aferente procedurii, o parte semnificativă din cei nominalizați având domiciliul în județe precum Iași sau Bacău, rezultă în mod evident că se impun cheltuieli din cele prevăzute de Codul muncii art. 44 alin. (4),

cheltuieli ce nu au fost cuprinse în calculația de preț depusă în cadrul procedurii de acest ofertant și sub acest aspect apreciază că se impunea analizarea și reevaluarea ofertei în sensul cuprinderii tuturor cheltuielilor asumate și corelate cu oferta tehnică și financiară depusă în cadrul procedurii.

Totodată, face referire la prevederile codului muncii cu privire la salariatul delegat care are dreptul la plata cheltuielilor de transport și cazare precum și la o indemnizație de delegare, acest ofertant necuprinzând în calculația de preț aceste cheltuieli.

Critica 5 cu privire la neconformitatea ofertei sub aspectul nedepunerii DUAЕ-ului pentru toate părțile implicate în procedură.

Astfel, conform documentelor studiate la sediul autorității contractante face parte dintr-o asociere cu un alt operator economic, respectiv SC SRL aspect reliefat și în acordul de subcontractare nr. 612/19.05.2022, pentru care nu s-a depus în cadrul procedurii DUAЕ-ul și nici documentele de calificare aferente, ofertant ce se regăsește cu atribuții în propunerea tehnică depusă de către

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 49850/25.07.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 37115/27.07.2022, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Autoritatea contractantă precizează că ulterior evaluării ofertelor a solicitat clarificări cu privire la modul de calcul al tarifului orar pentru serviciile de pază din oferta financiară depusă de deoarece s-a invocat HG nr. 4 din 2021 ca bază de calcul al tarifului ofertat.

În cuprinsul punctului de vedere autoritatea contractantă detaliază conținutul ofertelor financiare depuse de cei trei operatori economici care au rămas în competiție, după verificarea informațiilor din DUAЕ și din documentele ce îl însoțesc și a răspunsurilor la solicitările de clarificări cu privire la informațiile din DUAЕ, precum și în urma evaluării propunerilor tehnice, conform proceselor-verbale de evaluare nr. 38966 din 06.06.2022 și nr. 41259 din 15.06.2022.

Menționează că în urma răspunsului la solicitările de clarificări, depus în SEAP în 22.06.2022 ora 19:06, ... afirmă că în oferta financiară calculul din Anexa la formularul de ofertă depus a fost realizat în baza HG nr. 1071/2021, în explicații fiind trecută HG nr. 4/2021 dintr-o eroare de tehnoredactare, iar fundamentarea tarifului a avut în vedere OUG nr. 79/2017 pentru modificarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal și HG nr. 1071/2021 din 4 octombrie 2021 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Precizează că prin documentația de atribuire a solicitat următoarele: „Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat. Totodată, intră în obligația ofertanților să demonstreze, la prima cerere scrisă a comisiei de evaluare, faptul că au prevăzut în cadrul ofertei resurse financiare suficiente pentru a îndeplini toate activitățile ce trebuie întreprinse de aceștia pentru a- și îndeplini în mod corespunzător

obligațiile în cadrul contractului. Propunerea financiară are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea/entitatea contractantă și asumată de ofertant. Cu excepția erorilor aritmetice, astfel cum sunt acestea definite la art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare”.

Conform răspunsului transmis prin SEAP, ... afirmă că sporul de noapte, sporul de weekend, sporul pentru sărbători legale, concediul de odihnă, sunt calculate conform prevederilor Codului Muncii. Fondul de handicap este calculat funcție de numărul de angajați, iar cheltuielile

directe și indirecte sunt calculate pe baza datelor contabile înregistrate în 2021, la nivelul societății. În plus, acest operator economic menționează că oferta sa financiară „respectă în totalitate legislația aferentă și este în conformitate cu cerințele documentației de atribuire”.

Având în vedere cele de mai sus, comisia de evaluare a ofertelor a apreciat că oferta acestui operator economic este admisibilă, după care s-a aplicat criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Autoritatea contractantă menționează că ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar - i s-a solicitat să prezinte documentele suport care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ. Membrii comisiei de evaluare au analizat documentele suport DUAЕ solicitate prin adresa nr. 43447 din 23.06.2022, cu termen de răspuns: 01.07.2022, prin care i s-a solicitat ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, respectiv pe să prezinte documentele suport care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ în cadrul procedurii pentru atribuirea contractului de mai sus. Astfel, s-a răspuns în SEAP în termenul stabilit, respectiv în data de 01.07.2022 ora 15:38, de, iar după analizarea documentelor suport în probarea DUAЕ, comisia de evaluare a declarat admisă oferta și implicit, ca fiind câștigătoare, după care s-a procedat la întocmirea raportului procedurii, publicarea acestuia și informarea ofertanților cu privire la rezultatul procedurii.

Având în vedere motivele invocate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate.

Prin adresa nr. 883/27.07.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 37363/28.07.2022, ... formulează cerere de intervenție, solicitând:

- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere și excluderea ofertei depuse de Asocierea SRL - SC SRL, în baza art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, având în vedere ca „a avut acces” ilegal la informații confidențiale din oferta;
- respingerea contestației formulate cu privire la criticile formulate împotriva ofertei declarate câștigătoare, ca fiind nemotivate, nefondate și, în ipoteza completării motivelor, după studierea dosarului, respingerea acestora ca tardive/inadmisibile;
- admiterea în principiu a cererii de intervenție, în principal ca intervenție principală;
- respingerea solicitării de acces la documentele declarate ca fiind confidențiale.

În ceea ce privește excluderea ofertei contestatorului prin aplicarea art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, intervenientul solicită Consiliu să aibă în vedere următoarele:

- a depus la autoritatea contractantă în cadrul ofertei depuse „Declarație privind confidențialitatea” (i) propunerii tehnice și a

tuturor clarificărilor și răspunsurilor în legătură cu aceasta precum și a (ii) propunerii financiare și a tuturor clarificărilor și răspunsurilor în legătură cu aceasta.

- contestatorul a încălcat dispozițiile imperative reglementate de art. 57 alin. (1), art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/ 2016, ale art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precum și cele ale art. 12 alin. (1) lit. c) și d) din Legea nr. 544/2001 privind accesul Asocierii SRL - SRL la documentele declarate confidențiale și la informațiile cu privire la datele personale.

- a depus declarație privind confidențialitatea propunerii tehnice și a tuturor clarificărilor și răspunsurilor în legătură cu aceasta, precum și a propunerii financiare și a tuturor clarificărilor și răspunsurilor în legătură cu aceasta și am solicitat respectarea confidențialității atât în fața autorității contractante, cât și în fața CNSC, fiind motivată printr-o declarație de proprie răspundere, neluată în considerare de autoritatea contractantă.

- Informațiile declarate ca fiind confidențiale îndeplinesc condițiile pentru a fi calificate: (a) date cu caracter personal protejate și (b) secrete comerciale, având aptitudinea de a furniza avantaje comerciale, iar nerespectarea caracterului confidențial al informațiilor furnizate operatorului economic Asociera SRL - SRL, lider Asociera SRL, de către autoritatea contractantă poate conduce la prejudicii ulterioare la nivel comercial.

- intervenientul solicită Consiliului să nu permită accesul din nou la informațiile declarate confidențiale, ... demarând deja pe toate căile legale civile și penale acțiuni pentru prejudiciile cauzate societatea de către contestator.

În ceea ce privește reevaluarea ofertei intervenientul precizează că motivele invocate de contestator sunt nereale, nelegale și netemeinice.

.... a depus o ofertă conformă și admisibilă solicitând să se țină cont de următoarele:

- Programul este de 12h, fiind evident că este 1 singur schimb în 24 de h, schimbul următor făcându-se practic, la 24 h și 1 minut, deci nu înăuntrul celor 24 de h.

- Cheltuielile cu intervenția sunt prinse în ofertă fiind vorba de 0,17% procentul subcontractantului, conform ofertei acestuia;

- în ceea ce privește fondul de handicap au fost prezentate toate documentele doveditoare;

- în ceea ce privește agenții de pază, aceștia lucrează și în prezent tot în cuprinsul municipiului și prin urmare ei nu vor fi nici detașați/nici delegați în altă localitate.

În condițiile în care propunerea financiară este elaborată având în vedere toate costurile pe care le implică cerințele documentației de atribuire, în opinia intervenientului, este evident că ofertantul în cauză a căutat alte căi ilegale, pentru a vicia rezultatul procedurii.

Având în vedere documentele depuse de în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”, respectiv oferta tehnică și financiară și faptul că SC SRL a solicitat „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 38658/1710/C1/04.08.2022, Consiliul solicită acestuia, să

comunica temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii

economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

.... răspunde prin adresa nr. 890/29.07.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 37629/29.07.2022, invocând, în susținerea confidențialității ofertei sale, următoarele prevederi legale: art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 217 alin. (5)-(6) din Legea nr. 98/2016, art. 19 alin. (1) și alin.(3) din Legea nr. 101/2016

De asemenea, în virtutea art. 123 alin (1) din HG nr. 395/2016, precizează că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea tehnică și din propunerea financiară sunt confidențiale sunt următoarele:

- Oferta tehnică conține informații confidențiale iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale societății, în special în ceea ce privește know-how-ul. În mod specific, oferta tehnică conține elemente de know-how și organizare internă proprie, precum: specificații tehnice, proceduri de lucru, idei, concepte, modalități de optimizare a procedeele tehnice de organizare a serviciilor și a modalităților de lucru, etc. Mai mult decât atât, din parcurgerea ofertei tehnice s-ar putea deduce inclusiv (i) oportunități pe piață și strategii de vânzări și marketing și (ii) modalitatea de calcul a ofertei financiare.

- Oferta financiară conține prețul ofertat și modalitatea de calcul a acestuia, informații de natură confidențială catalogate ca secret comercial.

- Dat fiind mediul concurențial agresiv specific domeniului, divulgarea oricăror informații cuprinse în oferta tehnică și în oferta financiară către concurenți ar fi de natură a subrezi poziția de piață a societății precum și de a prejudicia interesele legitime ale acestora.

- Societatea are un sistem propriu de organizare și executare a serviciilor, sistem ce ajută în reducerea semnificativă a pierderilor și la o utilizare cât mai eficientă a resurselor materiale

- Toate aceste metode utilizate în cadrul sistemului propriu de organizare reprezintă practic atu-ul societății în cadrul procedurilor de achiziții publice și ajută la oferirea unui preț competitiv al lucrărilor pe piață;

- Societatea beneficiază de anumite discount-uri cu furnizorii săi și prețurile negociate cu aceștia au caracter confidențial, vizualizarea ofertei financiare însemnând dezvăluirea acestora;

- În cadrul ofertelor tehnice și financiare se găsesc de asemenea date cu caracter personal (nume, prenume, CNP etc.)

- Ignorarea caracterului confidențial al ofertei depuse ar afecta în mod evident și substanțial competitivitatea pe piață.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 38568/1710/C1/04.08.2022, Consiliul îi comunică acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 05.08.2022, menționând, în mod expres, că nu solicită copii xerox.

Prin adresa nr. 405/06.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 39212/08.08.2022, contestatorul formulează concluzii scrise prin care solicită admiterea contestației precum și

Raportat la criticile formulate în cuprinsul contestației, coroborat cu efectuarea studiului dosarului cauzei, contestatorul precizează că își menține toate criticile, reiterând faptul că oferta declarată câștigătoare nu este conformă, autoritatea contractantă având obligația de a verifica și analiza toate documentele depuse de acesta.

În plus, menționează că:

- procentul de subcontractare pentru SC SRL este de 0,71% și nu de 0,17% așa cum în mod eronat susține ofertantul declarat câștigător; valoarea totală ofertată de SC SRL este de 1.011.949,12 lei fără TVA, proporția de subcontractare fiind 0,71% din valoarea totală ofertată, reprezentând 7.184,83 lei iar valoarea cheltuielilor indirecte este de 4.426,44 lei;
- nu au fost depuse extrase din Revisal pentru cele 28 persoane salariate și încadrate în grad de handicap din care să rezulte că la data depunerii ofertei, aceste persoane erau angajați ai operatorului economic în cauză;
- Autoritatea contractantă nu a verificat valabilitatea certificatelor de încadrare în grad de handicap;
- O serie de persoane angajate și nominalizate în lista personalului propuse are domiciliul în alte județe decât în cel în care sunt posturile de pază ce fac obiectul prezentei proceduri;
- Se menține și critica referitoare la faptul că atât în acordul de subcontractare nr. 612/19.05.2022 sunt reliefate părțile acordului în care este menționat și operatorul economic SC SRL cât și în propunerea tehnică la pag. 144 vol. 2 este nominalizat acest operator economic cu sarcini clare în cadrul ofertei tehnice.

Prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 40258/12.08.2022, ... depune înscrisul intitulat: „Declarație privind tariful pentru serviciile de monitorizare și intervenție” aparținând SC SRL.

Prin adresa nr. 379/20.07.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 36377/ 22.07.2022, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208238263/1, tranzacția nr. 1230309033/2059755376 din 19.07.2022, eliberată de CEC Bank, sucursala Vaslui, în cuantum de 23.305,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Sericii de pază și protecție pentru obiective ale Municipiului", cod CPV: 79713000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr./10.03.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 1.165.240,00 lei fără TVA. Conform cap.

II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care face obiectul prezentei, ... a depus cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. 37363/28.07.2022, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că: „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” și având în vedere faptul că la data de 20.07.2022, autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de Asocierea SC SRL- SC SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc.civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, are calitatea de ofertant declarat câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante cu privire la desemnarea ofertei sale drept câștigătoare, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată astfel cum a fost calificată, iar conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va analiza cererea de intervenție împreună cu contestația formulată de Asocierea SC SRL- SC SRL.

Prin declarația de confidențialitate (pag. 133 din dosarul achiziției) menționează că atât propunerea tehnică în integralitate cât și cea financiară sunt confidențiale pentru a nu prejudicia interesele legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală.

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările contestatorului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data depunerii contestației, care dispun în mod expres și imperativ faptul că : *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”*, Consiliul a solicitat prin adresa nr. 37304/1710/C1/ 27.07.2022, să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această

încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, ofertantul în cauză a răspuns prin adresa nr. 890/29.07.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 37629/29.07.2022 (pag. 74, vol. 1 din dosarul achiziției) în care reiterează caracterul confidențial atât al ofertei tehnice cât și financiare, fără a administra niciun mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora, motiv pentru care, analizând răspunsul, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia

dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar.

Analizând criticile contestatorului se reține că acestea vizează atât propunerea financiară a ofertei desemnate câștigătoare, aparținând apreciind că aceasta este nesustenabilă și nu acoperă toate cerințele caietului de sarcini, cât și lipsa completării/ depunerii DUAЕ pentru asociatul SC SRL, motiv pentru care Consiliul le va analiza prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, analizând mai întâi critica privind lipsa completării/depunerii DUAЕ pentru asociatul SC SRL, se reține că potrivit **Anunțului de participare simplificat**, la pct. III.1) „Condiții de participare”, se stipulează următoarele:

„1. Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art.164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea de îndeplinire a cerinței: se va completa DUAЕ de către toți operatorii economici participanți la procedura de atribuire (ofertanți, terți susținători, subcontractanți, etc.) cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Aceste documente pot fi:

- certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat, etc.) la momentul prezentării;*
- cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC / actul constitutiv;*
- după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice;*
- alte documente edificatoare, după caz.*

În cazul ofertanților ce sunt persoane juridice străine se vor prezenta certificate echivalente care să ateste că aceștia nu înregistrează obligații fiscale în condițiile legii incidente în țara de rezidență, la momentul prezentării.

2. Ofertanții, terții susținători și subcontractanții trebuie să respecte Regulile de evitare a conflictului de interese prevăzut la art. 60 din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea de îndeplinire a cerinței:

- se va completa DUAЕ de către toți operatorii economici participanți la procedura de atribuire (**ofertant, și după caz: asociat, terț susținător, subcontractant**) cu informațiile aferente situației lor;

-se va prezenta Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute în art. 60 Legea nr. 98/2016 – Formular 2.

Nota: Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute în art. 60 Legea nr. 98/2016 se va prezenta ODATA cu DUAE de către toți operatorii economici.

În cazul în care ofertantul se încadrează în oricare din situațiile prevăzute la art. 59 din Legea 98/2016 oferta acestuia va fi respinsă ca inacceptabilă”.

iar

la pct.III.1.3) la „Capacitatea tehnică și profesională”, se stipulează:

„Informații privind asocierea - dacă este cazul. - În cazul asocierii în vederea depunerii unei oferte comune, cerințele privind capacitatea tehnică și/sau profesională poate fi îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. Acordul de asociere va trebui să conțină cel puțin următoarele informații: asociații sunt responsabili solidar și nelimitat de execuția integrală a contractului, la termen și în condițiile asumate prin acesta; liderul asocierii și membrii acesteia împreună cu datele de identificare ale acestora; comunicările dintre autoritatea contractantă și membrii asocierii se vor face cu liderul asocierii; partea/părțile din contract care urmează să fie îndeplinită/îndeplinite de fiecare asociat în parte, atât din punct de vedere procentual cât și al activităților pe care le îndeplinește fiecare asociat în parte. **Asociații nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 165, art. 167, art. 164 din Legea nr. 98/2016.**

Modalitatea de îndeplinire în cazul asocierii: Completare DUAE de către fiecare ofertant asociat. Ofertantul va prezenta ODATA cu DUAE Acordul de asociere. La solicitarea autorității contractante se vor prezenta de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar documentele justificative care probează cele asumate în acordul de asociere”.

Din interpretarea cerinței mai sus iterate, rezultă în mod evident că ofertanții au obligația de a completa / depune DUAE pentru fiecare din operatorii economici care formează asocierea, în acest sens fiind și prevederile art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, care definesc operatorul economic ca fiind „orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii (...).”

Având a determina calitatea de asociat al operatorului economic SC SRL cu ofertantul, se reține că potrivit propunerii tehnice depuse în cadrul procedurii (anexa 11, pag. 137-144, vol. 2 din dosarul achiziției), SC SRL figurează că va efectua activitatea: „Modul de

asigurare în situații de urgență a suportului pentru personalul aflat în serviciu cu agenții suplimentari”, iar în exercitarea acestei activități: „SC va avea permanent o evidență cu datele de identificare și domiciliul agenților care execută aceste servicii pentru a asigura operativitate și promptitudine”.

Situația este similară și în ceea ce privește : **„Modalitatea de realizare a intervențiilor. Modul de asigurare în situații de urgență a suportului pentru personalul aflat în serviciu cu agenții suplimentari”**, deoarece și în acest caz se menționează că: „SC va avea permanent o evidență cu datele de identificare și domiciliul

agenților care execută aceste servicii pentru a asigura operativitate și promptitudine” .

Mai mult, calitatea de asociat al SC SRL cu ofertantul, este întărită și de „Acordul de Subcontractare” **nr. 612/19.05.2022**, (pag. 104, vol. 2 din dosarul achiziției) încheiat între:

.... lider de asociere al Asocierii SRL - SRL

și

SC SRL în calitate de subcontractant.

Prin urmare câtă vreme ofertantul a uzat de prevederile legale în domeniu, respectiv de dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016, care dispun în mod expres și imperativ faptul că orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, cum ar fi subcontractarea sau asocierea cu scopul de a depune o ofertă comună, acesta avea obligația de a depune documentul DUAЕ și documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ pentru asociatul indicat în cadrul ofertei, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Ca urmare a omisiunii completării DUAЕ cu datele asociatului pentru activitatea de verificare tehnică și a lipsei unui DUAЕ pentru acesta din urmă, comisia de evaluare nu a putut verifica inexistența unei situații de excludere prevăzută la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 în legătură cu acest asociat, astfel cum avea obligația potrivit art. 169 din Lege .

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, căroră le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în

anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

Prin urmare, depunerea DUAЕ și documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ pentru asociatul indicat în cadrul ofertei nu este lăsată la latitudinea ofertantului deoarece obligația aceasta se regăsește și în cuprinsul documentației de

atribuire, la secțiunea IV.4.3) – „Modul de prezentare a ofertei”, unde se stipulează în mod expres că: *„Nerespectarea instrucțiunilor și neprezentarea formularelor solicitate completate integral/corespunzător sunt activități realizate pe riscul ofertantului, iar eșecul de a încărca în SICAP o ofertă care să nu îndeplinească cerințele minime și obligatorii de calificare va conduce la respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă / neconformă”*.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, caracterul inacceptabil al ofertei asocierii, reținut prin aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, conform cărora o ofertă este inacceptabilă atunci când *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”*, pe motiv că nu s-a completat DUAE pentru subcontractanți, nu poate fi înlăturat printr-o etapă de clarificare a ofertei, deoarece ar conduce la modificarea și completarea nepermisă a acesteia.

În cauza **C 131/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze

declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Concluzionând, Consiliul reține că prin nedepunerea DUAЕ și a documentelor justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ pentru asociatul indicat în cadrul ofertei de ofertantul declarat câștigător la momentul depunerii ofertei, nu s-au respectat

cerințele documentației de atribuire și a legislației specifice în materie iar prin declararea ca și admisibilă a ofertei criticate autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal consacrat de Legea nr. 98/2016, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității și au declarat toți subcontractorii la momentul depunerii ofertelor împreună cu costurile suplimentare aferente.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de stabilire a solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) și j) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare în cadrul procedurii de atribuire în discuție nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare sunt întemeiate, urmând să fie admise.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la modalitatea nelegală de evaluare a ofertei aparținând asocierii Consiliul nu mai analizează temeinicia acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antementionate nu poate fi înlăturat caracterul inacceptabil al ofertei, rezultatul final fiind același.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către Asocierea SC SRL- SC SRL, în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de, va anula raportul procedurii și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de către Asocierea SC SRL- SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de, anulează raportul procedurii și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea

contractantă la reevaluarea ofertei cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini