

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ..., s-a solicitat remedierea documentației de atribuire prin eliminarea/reformularea unor prevederi, precum și suspendarea continuării procedurii de atribuire în temeiul prevederilor art. 22 din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ... critică documentația de atribuire, emisă de ..., solicitând punctual:

1. anularea/eliminarea cerinței impuse prin fișa de date (secțiunea II.2.5 - criterii de atribuire) în categoria factorilor de evaluare privind componenta calității în acordarea punctajului ca fiind netemeinică, discriminatorie și deopotrivă restrictivă și nejustificată atât de natura deținerii în proprietatea societății de pază a autovehiculelor destinate utilizării lor în cadrul intervențiilor rapide la obiectivele beneficiarului, cât și impunerea unei vechimi de minim 6 luni a proprietății în deținerea acestor bunuri;

2. eliminarea sau după caz reformularea cerinței stabilită atât în cuprinsul caietului de sarcini (pagina 7, aliniatul 7), cât și în cadrul clauzei impuse prin modelul de contract subsecvent (articolul 7.20) privind obligația anticipată a unui ofertant de a prezenta la data depunerii, implicit la data deschiderii ofertelor a unei polițe de asigurare de răspundere civilă de o valoare minimă de 3.000.000 lei „pentru daune aduse beneficiarului pe parcursul derulării contractului”, întrucât la data

depunerii ofertelor și pe parcursul procesului de verificare și evaluare este nejustificată cerința atâta timp cât ofertantul nu are garanția declarării câștigătoare a ofertei sale și implicit semnarea acordului cadru, pe de o parte, iar pe de altă parte, neexistând prestații/activități asigurate și realizate în favoarea autorității contractante, nu există riscuri potențiale pentru eventualitatea înregistrării unor daune susceptibile de a fi acoperite prin prisma executării poliței de asigurare, considerente prin care în situația menținerii acestei condiții, solicită reformularea acesteia cu impunerea prezentării contractului de asigurare pentru suma de 3.000.000 lei, după semnarea acordului cadru și a contractului subsecvent într-un termen stabilit prin prezenta documentație de atribuire, întrucât orice societate de asigurări stabilește condițiile poliței de asigurare numai după prezentarea actelor încheiate între părți în vederea identificării și stabilirii categoriilor de risc la care se expune;

3. modificarea/adaptarea la cerința legală specifică activității de monitorizare și intervenție impusă prin caietul de sarcini (pagina 6 aliniatul 9) privind timpul de intervenție rapidă în localitățile rurale, respectiv la obiectivul situat în, de maxim 30 minute față de intervalul stabilit în mod greșit de 35-40 minute cronometrat de la momentul comunicării incidentului către dispeceratul prestatorului (conform prevederilor art. 97 alin. 1 din HG nr. 301/2012 privind aprobarea normelor metodologice în aplicarea Legii nr. 333/2003), conform căruia „Prestatorii serviciilor de monitorizare și operatorii economici au obligația de a asigura intervenția fără a depăși 15 minute în localități urbane, respectiv 30 de minute în localități rurale, și de a lua, până la intervenția organelor judiciare, primele măsuri necesare conservării urmelor infracțiunii și a mijloacelor materiale de probă”;

4. eliminarea/modificarea din cadrul fișei de date în cadrul Secțiunii 11.3 - Ajustarea prețului contractului - a normei în temeiul căreia se poate ajusta prețul (tariful), respectiv Instrucțiunile ANAP nr. 2/21 decembrie 2018, deoarece la momentul prezentei acestea sunt abrogate integral prin Instrucțiunea nr. 1/2021 publicată în M.O. al României nr. 56 din 19 ianuarie 2021, cu aplicarea corespunzătoare a modalității de revizuire a prețului, stabilită conform art. 12 și următoarelor (inclusiv Anexa 3 la Instrucțiunea 1/2021) din actul de reglementare mai sus indicat;

5. eliminarea/adaptarea cerinței stabilită la Secțiunea IV. 4.3 din fișa de date referitoare la solicitarea de justificare a prețului aparent neobișnuit de scăzut ofertat sub pragul de 80%, având ca valoare de referință numai suma de 19 lei oră/agent, aceasta fiind greșită întrucât prevederile art. 210 (1) din Legea nr. 98/2016 cu trimitere la dispozițiile art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016 se raportează prin aplicarea pragului de sub 80% la valoarea estimată stabilită de către autoritatea

contractantă, în cazul de față, valoarea estimată orară fiind de 28,00 lei/oră/agent securitate (6.304.144 lei valoarea maxim estimată a acordului cadru/225.148 ore cantitate totală = 28,00 lei).

În motivare, contestatorul argumentează, pe larg, susținerile sale.

Prin corespondența nr., ... a adus la cunoștință măsurile de remediere pe care a înțeles să le adopte urmare a contestației.

Față de măsurile de remediere comunicate, contestatorul, la solicitarea Consiliului, prin adresa nr., a precizat că autoritatea contractantă a adoptat doar în parte și într-un grad insuficient remediile solicitate în cadrul contestației.

Astfel, referitor la prevederea documentației de atribuire criticată la pct. 1 al contestației, respectiv *„anularea/eliminarea cerinței impuse prin fișa de date (secțiunea II.2.5 - criterii de atribuire) în categoria factorilor de evaluare privind componenta calității în acordarea punctajului ca fiind netemeinică, discriminatorie și deopotrivă restrictivă și nejustificată atât de natura deținerii în proprietatea societății de pază a autovehiculelor destinate utilizării lor în cadrul intervențiilor rapide la obiectivele beneficiarului, cât și impunerea unei vechimi de minim 6 luni a proprietății în deținerea acestor bunuri”*, contestatorul învederează că ... nu a anulat/eliminat cerința, ci doar a modificat-o în sensul că a menținut-o, extinzând-o cu admiterea pe lângă dovedirea dreptului de proprietate și numai a altor 2 forme de deținere în regim de exploatare proprie, respectiv, doar folosință în regim de închiriere și/sau comodat, excluzând și forma de deținere în baza unui contract de leasing financiar (și nu operațional) deoarece prin adăugarea extensiei prin folosirea acronimului „etc.” nu se poate admite și extrapola în cazul de față că „și celelalte” (de la „etc.”) ar include și contractul/contractele de leasing financiar întrucât regimul juridic al închirierii și/sau comodatului se supun distinct și sunt cărmuite de dispoziții legale diferite față de leasingul financiar astfel cum este reglementat acesta (leasingul financiar) prin prevederile Codului Fiscal.

Autoritatea contractantă întărește această cerință restrictivă prin solicitarea de documente justificative rezumându-se la acte de atestare a proprietății (cerințe neschimbate, adică copii după certificate de înmatriculare, cărți de identitate), iar în celelalte cazuri admise, închiriere/comodat a copiilor după original a acestor contracte, din nou exclude contractele de leasing financiar, un instrument financiar extrem de uzitat la nivelul societăților comerciale.

De altfel, cerința de a prezenta dovada modului de deținere la momentul depunerii ofertei este nelegală deoarece un ofertant, prin completarea documentului DUAЕ, își asumă sau nu (după caz) posibilitatea îndeplinirii cerințelor solicitate în cadrul depunerii acestuia și doar la momentul desemnării ofertei sale drept câștigătoare în cadrul

clasamentului preliminar, autoritatea contractantă solicită documentele justificative avute în vedere la momentul completării declarației DUAЕ.

Și răspunsul autorității contractante la cea de a 4 solicitare în cadrul contestației, este nelegal, în opinia contestatorului, deoarece Instrucțiunile ANAP nr. 1/2021 abroga integral Instrucțiunile ANAP nr. 2/2018 privind posibilitatea modificării contractului prin ajustare, or în cazul de față, autoritatea contractantă își menține atât în fișa de date, cât și în modelul de contract subsecvent, dispoziții legale ce nu numai că sunt abrogate, dar prezintă și o formulă de calcul de ajustare greșită și în contradictoriu cu prevederile art. 222² alin. 5 din Legea nr. 98/2016 și art. 8 alin. 2 din Instrucțiunile ANAP nr. 1/2021 deoarece formula de calcul se raportează la tariful inițial ofertat, conform propunerii financiare declarate câștigătoare. Or, nu în puține situații s-a constatat că pe parcursul a 2 ani consecutivi au existat și există posibilitatea reală a mai multor majorări ale salariului minim brut pe țară, ceea ce „ti”(tariful inițial ofertat) nu mai poate fi utilizat ca reper deoarece printr-o majorare în primul an drept exemplu, la al 2-lea an, fostul tarif inițial majorat cu prima modificare a primului an, nu mai poate fi considerat valabil (tarif de baza) la a 2-a majorare, ceea ce avea drept consecință negativă o majorare a tarifului insuficientă, cunoscându-se că fiecare nouă majorare stabilită prin Hotărâre de Guvern modifică, în plus, salariul brut anterior garantat în plată.

În concluzie, ... solicită Consiliului analizarea contestației pe fond pentru motivele de nelegalitate exprimate inclusiv pentru natura parțială și insuficientă a măsurilor de remediere menționate de către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a transmis la dosar punct de vedere referitor la contestație, prin care, față de aceasta și măsurile de remediere dispuse, arată că se opune suspendării procedurii de atribuire, considerând că nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Cu adresa nr., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere față de răspunsul contestatorului cu privire la măsurile de remediere, prin care arată, cu privire la pct. 1 din contestație, că sunt acceptate și leasingul operațional-financiar, iar cu privire la pct. 4 al contestației, că, prin actualizarea în condițiile art. 1 alin. (2) lit. b) din Instrucțiunea nr. 2/21.12.2018 modificate și completate prin Instrucțiunea nr. 1/11.04.2019 în sensul modificării salariului minim pe economie, se subînțelege că majorarea tarifului se va face progresiv în condițiile în care se va majora salariul minim brut pe țară.

Reiterează autoritatea contractantă, în continuare, faptul că solicitarea de suspendare a procedurii nu este justificată de îndeplinirea condițiilor cerute.

... a constituit cautiunea în sumă de

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ..., prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.

Valoarea estimată totală a achiziției este cuprinsă între

Nemulțumit de anumite prevederi ale documentației de atribuire, ... a depus contestația de față.

Consiliul constată că, urmare a depunerii contestației, autoritatea contractantă a înțeles să adopte măsuri de remediere, pe care le-a comunicat la dosar prin intermediul adresei nr.

Din verificarea informațiilor regăsite în SEAP atașat anunțului de participare nr., Consiliul observă că autoritatea contractantă a adus la cunoștința operatorilor economici interesați măsurile de remediere adoptate, prin publicarea adresei nr.

Aceste măsuri îl satisfac pe contestator doar parțial, după cum rezultă din adresa nr., anume nu în ceea ce privește critica regăsită la pct. 1 din contestație, pe care înțelege să o mențină în ceea ce privește impunerea formei de deținere, și cea regăsită la pct. 4 din contestație.

În acest context, reținând că toate celelalte critici sunt rămase fără obiect, drept care vor fi respinse ca atare, Consiliul se va pronunța în cele ce urmează asupra criticilor pe care contestatorul le menține.

Astfel, cu privire la prima critică din contestație prin intermediul căreia s-a solicitat *anularea/eliminarea cerinței impuse prin fișa de date (secțiunea II.2.5 - criterii de atribuire) în categoria factorilor de evaluare privind componenta calității în acordarea punctajului ca fiind netemeinică, discriminatorie și deopotrivă restrictivă și nejustificată atât de natura deținerii în proprietatea societății de pază a autovehiculelor destinate utilizării lor în cadrul intervențiilor rapide la obiectivele beneficiarului, cât și impunerea unei vechimi de minim 6 luni a proprietății în deținerea acestor bunuri*, contestatorul arată, ulterior măsurilor de remediere, că autoritatea contractantă nu a anulat/eliminat cerința, ci a procedat la modificarea acesteia în sensul completării cu alte forme de deținere între care nu se regăsește însă și leasingul financiar, acronimul etc. utilizat de autoritatea contractantă neputând fi extrapolat.

În soluționare, Consiliul reține că cerința criticată se regăsește în conținutul factorului de evaluare 2. *Modul de asigurare a protecției*

mediului, aferent criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, pentru care a optat autoritatea contractantă, sub forma:

Descriere;

a) 30 de puncte pentru **deținerea în proprietate** în mod cumulativ a cel puțin 1 autovehicul de intervenție alocate prestărilor de servicii cu norma de poluare minim și cel puțin 1 autovehicul de intervenție alocate prestărilor de servicii cu norma de poluare minim EURO 6.

Ulterior măsurii de remediere adoptate, prevederea enunțată prezintă conținutul:

Descriere;

b) 30 de puncte pentru **deținerea în proprietate/contract de comodat/contract de închiriere etc.**, în mod cumulativ a cel puțin 1 autovehicul de intervenție alocate prestărilor de servicii cu norma de poluare minim și cel puțin 1 autovehicul de intervenție alocate prestărilor de servicii cu norma de poluare minim EURO 6.

Așadar, autoritatea contractantă a introdus, pe lângă forma inițială de deținere a autovehiculelor – în proprietate, și alte forme de deținere, respectiv comodat, închiriere, enumerare pe care a însoțit-o de acronimul *etc.*

Analizând prevederea enunțată în forma sa actuală, Consiliul observă că enumerarea formelor de deținere nu este una limitativă, ci una exemplificativă, aspect dovedit cu prisosință de includerea acronimului *etc.*

Pe de altă parte, diferit de forma de deținere a proprietății, Consiliul observă că elementul comun celorlalte forme de deținere indicate de autoritatea contractantă, este acela că operatorul economic ofertant are doar un drept de folosință asupra autovehiculelor cu care participă la procedură, element care se întâlnește și în cazul leasingului financiar la care face referire contestatorul.

Astfel, conform literaturii de specialitate, leasingul este o operațiune comercială prin care o parte denumită *locator/finanțator*, transmite celeilalte părți, denumită *locatar/utilizator*, la solicitarea acesteia din urmă, contra unei plăți periodice, denumită rată de leasing (redevență), dreptul de folosință al unui bun al cărui proprietar rămâne pentru o perioadă determinată de timp. Cu alte cuvinte, leasingul financiar este un contract de închiriere care oferă la finele lui posibilitate achiziționării bunul și, prin urmare, dobândirea calității de proprietar contra unei valori reziduale.

Față de aceste aspecte, contrar opiniei contestatorului, Consiliul stabilește că leasingul financiar se subsumează acronimului *etc.* utilizat de autoritatea contractantă.

De asemenea, autoritatea contractantă a utilizat acronimul în discuție și în ceea ce privește modalitatea de îndeplinire a cerinței, precizând explicit că (...) În contractelor de închiriere/comodat **etc.**, se vor prezenta, în copie conform cu originalul, și Contractele de închiriere/comodat **etc.** care trebuie să aibă

valabilitate pe toată perioada de derulare a acordului cadru, ceea ce conduce spre concluzia că în cazul în care forma de deținere este aceea unui leasing financiar, ofertantului îi revine obligația de a prezenta contractul de leasing.

Cât privește caracterul restrictiv al cerinței, invocat de contestator, Consiliul constată că acesta nu mai subzistă în actuala formă a cerinței și nu poate fi reținut nici din perspectiva unei așa zise ingerințe nepermise în cadrul contractelor.

Atrage Consiliul atenția asupra faptului că în discuție se află dovedirea îndeplinirii unei cerințe din cadrul unui factor de evaluare care conduce la acordarea punctajului maxim sau a unuia mai mic funcție de situația ofertantului, așa cum rezultă din conținutul factorului de evaluare *Modalitatea de asigurare a protecției mediului*, iar nu dovedirea îndeplinirii unui criteriu de calificare pentru care se acceptă ca dovadă preliminară completarea DUAЕ, pentru ca, mai apoi, să fie solicitate documente justificative doar ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar.

Mai susține contestatorul că, prin contestația sa, a cerut anularea/eliminarea cerinței referitoare la forma de deținere, însă autoritatea a procedat la modificarea ei, argument care, de asemenea, nu poate fi reținut față de măsura de remediere adoptată, care deschide calea participării la procedură a mai multor operatori economici.

Având în vedere toate acestea, Consiliul reține că măsura de remediere răspunde într-o manieră suficientă criticii regăsită la pct. 1 din contestație, situație în care și aceasta va fi respinsă, ca rămasă fără obiect.

Cu privire la critica de la pct. 4 al contestației, constituită de solicitarea contestatorului de *eliminarea/modificarea din cadrul fișei de date în cadrul Secțiunii 11.3 - Ajustarea prețului contractului - a normei în temeiul căreia se poate ajusta prețul (tariful), respectiv Instrucțiunile ANAP nr. 2/21 decembrie 2018, deoarece la momentul prezentei acestea sunt abrogate integral prin Instrucțiunea nr. 1/2021 publicată în M.O. al României nr. 56 din 19 ianuarie 2021, cu aplicarea corespunzătoare a modalității de revizuire a prețului, stabilită conform art. 12 și următoarelor (inclusiv Anexa 3 la Instrucțiunea 1/2021) din actul de reglementare mai sus indicat*, Consiliul observă că, prin adresa nr. 70/03.01.2023, postată în SEAP la 03.01.2023, autoritatea contractantă a adoptat măsura de remediere a modificării prevederilor indicate de contestator, însă prin raportare la aceleași prevederi normative care nu se mai află în vigoare, deoarece, așa cum corect susține contestatorul, au fost abrogate explicit prin Instrucțiunea ANAP nr. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru.

Astfel, la cap. VI – *Dispoziții finale* din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru, art. 22, se arată următoarele:

La data intrării în vigoare a prezentei instrucțiuni se abrogă: (...)

- **Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții publice nr. 2/2018** privind ajustarea prețului contractului de achiziție publică/sectorială, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 32 din 11 ianuarie 2019, **cu modificările ulterioare.**

În acest context, măsura de remediere adoptată se dovedește a fi una formală, câtă vreme continuă să nu răspundă exigențelor de legalitate cu aplicabilitate, ci unora care nu mai sunt de actualitate în prezent, dar nici la data inițierii procedurii – 19.12.2023.

Stabilind critica analizată ca întemeiată, Consiliul urmează a o admite, cu consecința obligării autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul punerii ei de acord cu prevederile normative aflate în vigoare, decalarea datei limită de depunere a ofertelor, precum și încunoștiințarea operatorilor economici interesați prin publicarea în SEAP a modificărilor intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va dispune remedierea documentației de atribuire în sensul celor ce preced, decalarea datei limită de depunere a ofertelor, precum și încunoștiințarea operatorilor economici interesați prin publicarea în SEAP a modificărilor intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Data fiind soluționarea cauzei, cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației va fi respinsă, ca rămasă fără obiect.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., dispune remedierea documentației de atribuire în sensul celor ce preced, decalarea datei limită de depunere a ofertelor, precum și încunoștiințarea operatorilor economici interesați prin publicarea în SEAP a modificărilor intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației.

Obligatorie.

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.