

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. 20/C1/4205

Data: 08.01.2025

Prin contestația nr. 1468/02.12.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 77723/03.12.2024 (transmisă prin e-mail, la data de 02.12.2024), formulată de SRL, cu sediul în municipiul, ..., ..., având cod unic de înregistrare, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal de administrator, împotriva răspunsului la clarificări din data de 25.11.2024, aferent documentației de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă, cu sediul în municipiul, ..., str., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Servicii de pază 2025”, cod CPV 79713000-5, s-a solicitat: admiterea ca temeinică și legală a contestației, raportat la răspunsul la clarificări din data de 25.11.2024; obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul de a permite subcontractarea serviciilor de intervenție rapidă, ca subcontractor sau terț, servicii de intervenție ca unul din serviciile subiect al procedurii, alături de serviciile de pază; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, ținând cont de modificarea documentației de atribuire solicitată.

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

În preambul, contestatorul face trimitere la prevederile documentației de atribuire, respectiv:

- Secțiunea II Obiectul contractului, 11.1.3 Tip de contract, Secțiunea 11.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, III.I) Condiții De Participare, III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, Secțiunea IV Procedura, IV.4 Prezentarea ofertei, IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice;

- prevederile legale în vigoare, în achizițiile publice;
- caietul de Sarcini, C. Condiții minime pe care trebuie să le îndeplinească ofertanții;
- solicitarea de clarificări 1 din 22.11.2024;
- răspunsul nr. „472/C.L.M./25.11.2024 RĂSPUNS SOLICITARE CLARIFICĂRI 1”: „Autoritatea contractantă își menține cerința minimă și obligatorie din caietul de sarcini cu privire la imposibilitatea de a subcontracta serviciile de intervenție rapidă cu echipaje înarmate cu armament și muniție neletală pe raza municipiului Slatina. Această cerință este obligatorie deoarece, în momentul stabilirii ofertei câștigătoare, operatorul economic declarat câștigător trebuie să asigure deja aceste servicii, pentru a nu crea riscuri cu privire la paza sediului, unde sunt depozitate arme letale și neletale. Se menține aceasta cerință așa cum a fost formulată”.

Contestatorul consideră că, în baza legislației aplicabile, un operator economic nu poate fi constrâns să participe într-o procedură de achiziție publică, ca ofertant unic fără subcontractor sau ofertant unic fără terț susținător și subcontractor. Prin documentația publicată în SEAP pentru aceasta procedură și prin răspunsul la solicitările de clarificare ale posibilibor ofertanți, restricția de interdicție a subcontractării - fie ca subcontractor simplu, fie ca terț susținător și subcontractor, chiar și pentru procedurii servicii de tip ANEXA II, este nelegală.

Prin punctul de vedere nr. 3926/CLM/05.12.2024, înregistrat la CNSC sub nr. 78864/06.12.2024, autoritatea contractantă precizează că este de acord cu modificarea cerinței minime și obligatorii din caietul de sarcini, în sensul că operatorul economic participant la procedură, poate subcontracta serviciile de intervenție înarmată, dar se menține obligativitatea ca grupa de intervenție să fie înarmată conform cerințelor din documentația de atribuire (pe raza municipiului Slatina), iar personalul grupei de intervenție să fie avizat port-arma conform Legii nr. 295/2004, art. 67 alin. (3) și art. 68.

Autoritatea contractantă precizează că această cerință este minim obligatorie, întrucât, la sediul sunt depozitate un număr mare de arme și muniții, ceea ce necesită păstrarea acestora în siguranță. Neprezentarea acestor documente constituie motiv de excludere a oricărui operator economic.

Avizarea port-armă a agenților de securitate ai operatorului economic declarat câștigător, agenți care vor efectua serviciul de pază la sediul, se va face în conformitate cu prevederile Legii nr. 295/2004, în termen de 30 de zile de la semnarea contractului de prestări servicii pază. În cazul în care, operatorul economic declarat câștigător nu prezintă aceste documente în termenul stabilit de 30 de zile, se va considera reziliat de drept, contractul întocmit.

Față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, contestatorul transmite răspuns prin adresa nr. 1518/06.12.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 79031/09.12.2024, solicitând Consiliului respingerea părții din punctul de vedere referitoare la: „(...) se menține obligativitatea ca grupa de intervenție să fie înarmată conform cerințelor din documentația de atribuire (...)”.

Prin adresa nr.4085/CLM/16.12.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 81184/17.12.2024, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 1495/05.12.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 78482/05.12.2024, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210827620/1 din 04.12.2024, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Victoriei, în valoare de 12.090,86 lei.

Analizând solicitările contestatorului, **CONSILIUL reține următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Servicii de pază 2025”, cod CPV 79713000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr./04.11.2024, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 604.543,00 lei, fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Din analiza contestației formulate, reiese că SC SRL este nemulțumit de prevederea din Caietul de sarcini cu privire la condițiile minime pe care trebuie să le îndeplinească ofertanții, respectiv. „să aibă echipaje de intervenție rapidă și mașini proprii de intervenție (nu se admit subcontractori), ... ”, apreciind că această interdicție de a nu avea subcontractori este restrictivă și încalcă legislația în materie.

Se reține în soluționare, că, la data de 25.11.2024, autoritatea contractantă emite, cu privire la această cerință, adresa nr. 3472/C.L.M./25.11.2024 „RĂSPUNS SOLICITARE CLARIFICĂRI 1”, în cadrul căreia, la întrebarea 1 :

„Vă solicitam **să confirmați înțelegerea** noastră ca, pentru serviciile de intervenție, având în vedere ca acestea sunt înarmate cu armament și muniție neletală pe raza Municipiului Slatina, ofertantul, individual sau în asociere, cu sau fără subcontractanți sau terți (la rândul lor simplii terți sau terți și subcontractanți), **nu poate subcontracta** aceste servicii obținute în baza acestui contract de achiziție publică”, a formulat **următorul răspuns :**

„Autoritatea contractantă își menține cerința minimă și obligatorie din caietul de sarcini **cu privire la imposibilitatea de a subcontracta serviciile de intervenție rapidă cu echipaje înarmate cu armament și muniție neletală pe raza municipiului Slatina.** Această cerință este obligatorie deoarece, în momentul stabilirii ofertei

câștigătoare, operatorul economic declarat câștigător trebuie să asigure deja aceste servicii, pentru a nu crea riscuri cu privire la paza sediului, unde sunt depozitate arme letale și neletale. Se menține aceasta cerința așa cum a fost formulată”.

Având a determina caracterul restrictiv sau nu a cerinței în cauză, Consiliul, reține aplicabilitatea următoarelor prevederi legale:

-art. 3 din Legea 98/ 2016, actualizată, Secțiunea a 2-a, Definiții

„jj) operator economic - 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, și care este/sunt stabilită/stabilite în:

(i) un stat membru al Uniunii Europene;

(ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);

yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi”;

- art. 53 din Legea 98/2016, alin (1): *„Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj)”.*

- art. 55 din Legea nr. 98/2016: *„(1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:*

a) categoriile de servicii/lucrări din contract pe care intenționează să le subcontracteze, precum și procentul sau valoarea aferentă activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți; și

b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

(2) Subcontractanții propuși în ofertă sau implicați/declarați ulterior semnării contractului trebuie să respecte aceleași obligații ca ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 51 alin. (1)”.

Din întreg contextul normativ mai sus iterat, rezultă că operatorii economici au dreptul de a participa la o procedură de achiziție publică,

fie individual, fie în asociere, fie în calitate de terț susținător sau subcontractant, participarea în oricare din formele enumerate fiind un drept și o opțiune a acestora, nu o obligație ce nu poate fi restricționată printr-o decizie subiectivă a autorității contractante.

Prin urmare, acest drept/opțiune a operatorilor economici nu poate fi transformat în obligație, fără încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal și fără restricționarea concurenței pe motive pur subiective și fără fundament, motiv pentru care, cerința nu respectă prevederile legale anterior indicate, fiind de natură a restricționa participarea la procedura de atribuire în cauză.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut „(...) 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”.

Conform art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”, prevederi legale care nu au fost respectate de către autoritatea contractantă prin solicitarea unor cerințe care îngreșesc participarea la procedura în cauză.

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă, această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât, s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Deoarece, autoritatea contractantă nu a prezentat niciun argument concret și relevant și, cu atât mai puțin, documente care să îi acorde dreptul de a interzice participarea operatorilor economici subcontractanți care prestează serviciile de tipul celor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire și acoperă necesitatea pe care o urmărește autoritatea, prin aceste cerințe a încălcat și prescripțiile art. 2

alin. (2) lit. a) și b) din Legea achizițiilor publice. Scopul legislației privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv, prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum sunt cerințele expuse, în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură.

Din perspectiva legii privind achizițiile publice, prin nediscriminare, se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de calitatea acestuia (ofertant, asociat, terț sau subcontractant), să poată participa la procedura de atribuire, iar, prin tratament egal, se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând, pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât, aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți. **În cauza C-417/17 CJUE** a declarat că : „35. În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.

36. În aceeași ordine de idei, considerentul (74) al Directivei 2014/24 enunță că specificațiile tehnice ar trebui „elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic”.

Consiliul reține că asigurarea concurenței este unul din principiile legislației din domeniul achizițiilor publice, aspect subliniat la art. 18 din Directiva 2014/24/UE prin sintagma „*Conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al prezentei directive sau restrângerea artificială a concurenței. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici*”.

Mai mult, nu este lipsit de relevanță faptul că autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat la contestație este de acord cu eliminarea cerinței de a nu se admite subcontractanți, sens în care, critica urmează a fi admisă ținând seamă și de achiesarea autorității contractante, conform căreia operatorul economic participant la procedură poate subcontracta serviciile de intervenție înarmată.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu R.... și va obliga autoritatea contractantă să remedieze documentația de

atribuire, în sensul eliminării interdicției de a nu se admite subcontractori, în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei.

În ceea ce privește solicitarea SC SRL din cadrul adresei nr.1518/06.12.2024 înregistrată la CNSC sub nr. 79031/09.12.2024, intitulat „Răspuns la punctul de vedere la contestație”, prin care acesta solicită respingerea menținerii cerinței „obligativității ca grupa de intervenție să fie înarmată conform cerințelor din documentația de atribuire, iar personalul grupei de intervenție să fie avizat port-armă conform Legii nr.295/2004”, Consiliul constată că această solicitare este inadmisibilă, fiind aplicabile în acest caz prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că: „Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu R.... și obligă autoritatea contractantă la remedierea documentația de atribuire, în sensul eliminării interdicției de a nu se admite subcontractori, în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei.

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 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (șapte) pagini.