

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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ...SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - administrator, privind procedura proprie pentru atribuirea unui contract de servicii de pază, monitorizare și intervenție rapidă, cod CPV 79713000-5, cu data-limită de depunere a ofertelor 19.01.2024, anunț de publicitate nr. ..., organizată de ..., prin primăria sa, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea admiterii și declarării câștigătoare a ofertei ...SRL și obligarea autorității la reevaluarea acesteia și la declararea câștigătoare a unei oferte dintre cele admisibile.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ...SRL reclamă decizia autorității contractante ... de admitere și declarare câștigătoare a ofertei ...SRL, cu subcontractant ...SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că a solicitat acces la documentele ofertei câștigătoare, însă nu autoritatea nu a asigurat accesul, motivând că oferta a fost declarată confidențială.

În opinia contestatoarei, Consiliul are competența și autoritatea legală:

- să verifice dacă a fost dovedit modul în care dezvăluirea informațiilor cuprinse în documentele declarate confidențiale ar prejudicia ofertantul dacă s-ar oferi accesul la aceste documente;
- să dispună accesul ofertanților interesați, în speță al contestatoarei, la aceste documente;

- să îi acorde dreptul de completare a contestației în raport de datele și informațiile de care ia cunoștință după studierea acestor documente;

- în cazul în care există dovezi concrete privind caracterul confidențial al documentelor în discuție, analiza Consiliului asupra modului de evaluare a ofertei câștigătoare, sub toate aspectele.

În cadrul documentației de atribuire, autoritatea a inclus formularul nr. 2 - „Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 165 din Legea nr 98/2016 privind achizițiile publice”. Așadar, atât ...SRL, cât și subcontractantul ...SRL nu trebuiau să se regăsească în situația de la art. 165 din Legea nr. 98/2016. Însă, ...SRL și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, conform informațiilor din buletinul procedurilor de insolvență nr. 16751/19.10.2023, respectiv notificării privind deschiderea procedurii generale a insolvenței 3191/ 19.10.2023.

Se impune a se verifica situația de excludere privind lipsa datoriilor la bugetul consolidat de stat, atât pentru ...SRL, cât și pentru subcontractantul ...SRL.

Conform caietului de sarcini:

„Pentru asigurarea eficientă a serviciilor de pază și intervenție rapidă sunt obligatorii următoarele:

Un dispecerat cu o dotare minimă:

- o (1) linie fax funcțională - contract cu furnizorul de servicii de telefonie fixă;

- adresa e-mail - pentru primire reclamații/sesizări/sugestii;

- stații radio emisie/recepție pe fiecare post de pază fix, precum și la dispecerat - contract cu furnizorul de servicii radio (emisie/recepție) cu acoperire, cel puțin, pe raza sectorului 3.”

Ofertanta câștigătoare trebuia să facă dovada unui contract cu furnizorul de servicii de telefonie fixă în termen la data depunerii ofertelor, precum și dovada unui contract cu un furnizor de servicii radio (emisie/recepție) cu acoperire, cel puțin, pe raza sectorului 3, nu a unui contract cu un furnizor de telefonie mobilă, având în vedere că prin documentația de atribuire s-a solicitat în mod expres stații radio emisie/recepție cu acoperire pe raza sectorului 3. Furnizarea rețelelor și a serviciilor de comunicații electronice se realizează în România în condițiile regimului de autorizare generală adoptat de către Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații, regim juridic care constituie setul de reguli și principii aplicabile persoanelor care intenționează să furnizeze rețele și servicii de comunicații electronice în România, în urma notificării intenției de a presta astfel de activități. Emisia în spectrul radio este posibilă numai în baza unei licențe de utilizare a frecvențelor radio sau a unei licențe de emisie, după caz, eliberate de Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații. Astfel, ofertanta câștigătoare avea obligația de a

prezenta o autorizație de asignare a frecvențelor pentru municipiul București, cum ...SRL a depus în cadrul procedurii.

Ofertanta câștigătoare nu a îndeplinit criteriile de calificare solicitate, astfel că oferta sa nu putea fi considerată admisibilă și, cu atât mai puțin, câștigătoare, de vreme ce nu prezintă autorizația Autorității Naționale pentru Administrare și Reglementare în Comunicații.

Potrivit caietului de sarcini: *„La primirea unui semnal de alarmă de la un obiectiv, trebuie alertat și dirijat cel mai apropiat echipaj de intervenție către obiectivul vizat. Timpul de intervenție va fi de maxim 7 minute pentru orice zonă a obiectivelor din Sectorul 3 București.”*, motiv pentru care ...SRL îl propune pe ...SRL ca subcontractant pentru serviciile de monitorizare și intervenție, cu 0,05% din ofertă. Acest subcontractant nu are cum să îndeplinească partea din contract, ținând seama de datoriile la bugetul consolidat de stat.

Autoritatea intenționează să achiziționeze două posturi de pază 24 de ore pentru o perioadă de 218 zile, total ore 10.464. Tariful propus de câștigătoare este de 20 lei/oră.

Prin decizia nr. ..., Consiliul a constatat că un tarif orar cu respectarea tuturor obligațiilor minime și imperative stabilite în sarcina oricărui angajator de Legea nr. 53/2003 și de legislația în vigoare în domeniul salarizării este de 24,641 lei/oră, fără a lua în considerare costurile fondului de handicap, cheltuielile directe, indirecte și profitul.

Practica ...SRL este de a își reduce în mod artificial tariful oferat, după cum urmează:

În cuprinsul calculului de preț pentru tariful unitar oferat, invocă o reducere comercială de natura unui profit alocat pentru marketing și fidelizare client, respectiv depune o balanță contabilă, documente menite să inducă în eroare comisia de evaluare.

O asemenea reducere comercială nu poate fi reținută ca fiind legală.

Or, analizând profitul urmărit de către ofertant în raport cu suma ce urmează a fi investită de către ...SRL, nu se poate reține caracterul contractului cu titlu oneros, potrivit art. 1.172 alin. (1) C. civ. Este de natura contractului de achiziție publică procurarea de către fiecare parte a unui avantaj în schimbul obligațiilor asumate prin încheierea lui. Reducerea acordată de câștigătoare este artificială, nesustenabilă și nelegală.

Prin urmare, în condițiile în care propunerea financiară este elaborată fără a avea în vedere toate costurile pe care le implică cerințele documentației de atribuire, este evident că ofertantul în cauză, pentru a se încadra în propunerea financiară oferată, fie nu va respecta cerințele caietului de sarcini, fie va vicia rezultatul procedurii prin ofertarea unor preturi nesustenabile, care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate decât în baza unei simple decizii comerciale.

Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete și actuale de formare a prețului, formule din care să rezulte modalitatea exactă/matematică în care au fost determinate sumele din propunerea financiară și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final verificarea corectitudinii prețului ofertat, scop care nu a fost atins de către autoritatea contractantă în prezenta procedură de atribuire datorită lipsei solicitărilor de clarificări privind elementele constitutive aferente prețului ofertat.

Astfel cum s-a arătat mai sus, autoritatea, în etapa de analiză a fundamentării propunerilor financiare, ar fi trebuit să țină cont de toate drepturile și obligațiile ce decurg din prevederile legale în vigoare, astfel încât operatorii economici să nu vicieze rezultatul procedurii prin reduceri de costuri/tarife orare/salarii pe fondul neachitării sau achitării din alte surse terțe a contribuțiilor aferente salariilor sau de a proceda la artificii financiare/matematice/rotunjiri de tarife unitare după bunul plac având la bază simpla prezumție că urmare a declarării câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o posibilitate să finalizeze contractul indiferent prin ce mijloace.

În încercarea de a ofera un preț cât mai scăzut, operatorii nu pot face reduceri de consumuri ca să conducă în mod implicit la reducerea costurilor, în condițiile în care autoritatea a menționat în cadrul documentației de atribuire că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile acesteia.

Oferta câștigătoare trebuia respinsă, potrivit art. 137 din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016.

În eventualitatea în care reducerea a fost efectuată în baza ajutorului de stat primit în baza Legii nr. 76/2002, oferta trebuia să conțină o explicație a modului de calcul pentru valorile subvenționate, precum și a perioadei de subvenționare, având în vedere că aceste convenții nu sunt valabile pe toată perioada contractuală. Totodată, în situația în care persoanele subvenționate sunt din alte județe, iar acestea nu beneficiază de cazare, s-ar înțelege că acestea se vor deplasa de la domiciliu (aflat la sute de kilometri, care se vor parcurge în „n” ore), la locul de prestare a serviciului. În aceste condiții, autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare) trebuia să analizeze modul în care agenții vor putea îndeplini contractul, sub aspectul capacității lor de a fi vigilenți la obiectivele de pază, după „n” ore petrecute pe drum, dus-întors.

Chiar dacă respectivii salariați nu vor fi detașați și nici cazați local, faptul că ei sunt mutați dintr-o localitate în alta, aflată la distanță considerabilă, conduce la aplicarea clauzei de mobilitate, conform Codului muncii. Totodată, se vor aloca costuri cu deplasarea, precum și cu diurna, care trebuie incluse în tarifele ofertate.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că a invitat

operatorul economic ...SRL să vizualizeze dosarul achiziției publice, iar la 14.03.2024, reprezentanții societății s-au prezentat la sediul autorității.

În urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” ofertelor declarate admisibile, a rezultat următorul clasament:

Nr. crt.	Denumire ofertant	Valoare estimată lei fără TVA	Valoare ofertată fără TVA	Procent din valoarea estimată	Clasament
1	...SRL, subcontractant ...SRL	268.820,16 lei	209.280,00 lei	77,85%	Locul I
2	...SRL, subcontractant ...SA		243.078,72 lei	90,42%	Locul II
3	... SRL		251.240,64 lei	93,46%	Locul III
4	... SRL		255.426,24 lei	95,01%	Locul VI
5	... SRL		263.588,16 lei	98,05%	Locul V
6	... SRL		268.610,88 lei	99,92%	Locul VI

După finalizarea evaluării ofertelor și aplicarea criteriului de atribuire, comisia de evaluare a transmis comunicări cu rezultatul final al procedurii de atribuire către toți ofertanții, oferta câștigătoare aparținând ...SRL.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de publicitate nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 16.01.2024, autoritatea contractantă ..., prin primăria sa, a inițiat o procedură proprie în vederea procurării de servicii de pază, monitorizare și intervenție rapidă pentru obiectivele Parcul Al. I. Cuza și Centrul Militar, servicii estimate valoric la 268.820,16 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată atât în SEAP (în cadrul de anunțului de invitare la competiție), la 16.01.2024, cât și la adresa pdf.

La procedură s-au prezentat șase operatori economici, între care și ...SRL, a cărui ofertă a fost clasată pe locul secund de autoritate, care a desemnat câștigătoare oferta ...SRL, având prețul cel mai scăzut. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ...SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de 5.377 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., la data de 25.03.2024.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, denumită caiet de sarcini, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru ...SRL și ...SRL (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de

prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). „*Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.*” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, *ex multis*, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g, decizia nr. 3.891 din 14 iunie 2023 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 72792223d, decizia civilă nr. 176 din 21 august 2023 a Curții de Apel Constanța, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 985333e48, decizia nr. 1.738 din 20 septembrie 2023 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust g8e8223g8, și decizia civilă nr. 288 din 2 noiembrie 2023 a Curții de Apel Constanța, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 597ee7239).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care

ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Constanța, Secția de contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 6 din 12 ianuarie 2024, cod ReJust g8789d674, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 828 din 1 aprilie 2021, cod ReJust 65ed4d74, și decizia civilă nr. 517 din 4 martie 2021, cod ReJust 65459455, și Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016, cod ReJust 27494445).

Astfel cum a sesizat și Curtea de Apel Ploiești, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 123 din 2 februarie 2023, cod ReJust 7239g5386, *„rigorile impuse de legislația achizițiilor publice și de cerințele documentației de atribuire impun ca ofertanții să demonstreze că ofertele lor sunt apte să satisfacă nevoile licitației, iar nu să vină doar cu simple afirmații în acest sens”*.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. La punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), Curtea a reamintit că „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, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație 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 normal 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 (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)“.

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la

condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de

tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/ Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/ Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această contextualizare de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare devenită o axiomă, un truism, și care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, inclusiv prin intermediul procedurilor proprii, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 81834/12.03.2024, rezultat comunicat competitorilor în ziua următoare. La 19.03.2024, ...SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Disputa litigioasă are drept cauză admiterea și declararea câștigătoare de către autoritate a ofertei ...SRL, pe care contestatoarea o consideră inadmisibilă.

Societatea ...SRL, în primul rând, aduce critici limitării accesului ei la documentele ce formează oferta câștigătoare, declarate de aceasta confidențiale. Cu toate că formulează respectivele critici, autoarea contestației nu solicită Consiliului dispunerea vreunei măsuri în sarcina pârâtului ..., vizavi de presupusul act al său de limitare a accesului, încadrabil la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016:

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori **refuzul** de a emite un act sau **de a efectua o anumită operațiune**, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;

Așadar, societatea ...SRL aduce respectivele critici fără a solicita Consiliului să dispună vreo măsură în sarcina autorității pe marginea lor, în acord cu art. 2 alin. (1) din același act normativ:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate **solicita** anularea actului, **obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere**, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Principiul disponibilității guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. În acord cu art. 22 alin. (6) C. proc. civ., *„[j]udecătorul trebuie să se pronunțe asupra a tot ceea ce s-a cerut, fără însă a depăși limitele investiției, în afară de cazurile în care legea ar dispune altfel”*, prevedere care coroborată cu principiul disponibilității îi interzice Consiliului să oblige ... la asigurarea accesului contestatoarei la toate documentele ofertei adverse, *câtă vreme obiectul contestației nu include un asemenea capăt de cerere*.

Mai mult, față de solicitarea de la pct. 4 din contestație, de acces la dosarul cauzei aflate pe rol, prin adresa nr. ..., Consiliul a invitat la sediul său societatea contestatoare pentru a studia respectivul dosar (exceptând documentele confidențiale ale ofertanților) la data de 09.04.2024, la care s-a prezentat împuternicitul reprezentant al societății, căruia i-au fost permise consultarea documentelor și obținerea fotocopiilor dorite. Prin urmare, eventuala vătămare provenind din refuzul manifestat de autoritate a fost acoperită prin demersul la Consiliu.

Așadar, Consiliul a asigurat reclamantei accesul la documentele dosarului achiziției publice care nu au fost declarate confidențiale de către ofertanți, în speță existând la dosarul cauzei precizarea expresă a câștigătoarei că propunerea tehnică și propunerea financiară ale sale, împreună cu răspunsurile de clarificare, au caracter confidențial, pentru a nu îi prejudicia interesele legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală (răspunsul nr. 114/14.03.2024, biblioraftul nr. 2, filele 778-780). A nu se omite că *inclusiv societatea reclamantă a atenționat că informațiile din oferta sa sunt confidențiale* (propunerile tehnică și financiară, în integralitatea lor), iar o derogare în ceea ce privește concurența sa ar reprezenta tocmai un dublu standard din partea Consiliului.

După cum a statuat și Curtea Constituțională, se impune ca autoritățile contractante, Consiliul și instanțele de judecată să nu divulge informații care ar putea denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, *fie în cadrul unor proceduri ulterioare*. Există o **prezumție generală** potrivit căreia accesul la oferte aduce, în principiu,

atingere protecției intereselor comerciale ale ofertanților. Procedura din fața Consiliului **nu poate fi transformată într-un mijloc care să aibă drept scop consultarea de către contestator a înscrisurilor din ofertele concurenților**, întrucât ar rupe echilibrul și ar crea avantaje concurențiale incorecte. Ține de interesul **privat** faptul că accesul la documentele declarate confidențiale s-ar putea dovedi necesar pentru formularea apărării în cadrul unei acțiuni și **nu poate constitui un interes public superior care să justifice divulgarea informațiilor**. Aceste aprecieri aparțin Curții în Decizia nr. 610 din 30 septembrie 2021, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1.184 din 14 decembrie 2021.

În ceea ce privește evaluarea ofertei ...SRL, prima critică a contestatoarei vizează acceptarea subcontractantului ...SRL, care și-a încălcat obligațiile de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, critică pe care Consiliul o găsește întemeiată, în contextul în care autoritatea a pretins ca inclusiv subcontractanții să prezinte o declarație că nu se află în situația de la art. 165 din Legea 98/2016, respectiv că nu au încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a obligațiilor la bugetul general consolidat, punând la dispoziție formularul nr. 2 – *„Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 165 din Legea nr 98/2016 privind achizițiile publice”*:

Subsemnatul, ... reprezentant împuternicit al, în calitate de ofertant, la procedura de achiziție directă pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect, codul CPV la data de, organizată de PS3, declar pe propria răspundere sub sancțiunea excluderii din procedura de achiziție publică și sub sancțiunile aplicabile faptei de fals în acte publice, că nu mă aflu în situația prevăzută la art. 165 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, **respectiv ca nu am încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a obligațiilor la bugetul general consolidat**.

Subsemnatul declar că informațiile furnizate sunt complete și corecte în fiecare detaliu și înțeleg ca autoritatea contractantă are dreptul de a solicita, în scopul verificării și confirmării declarațiilor, orice documente doveditoare de care dispun.

Înțeleg ca în cazul în care această declarație nu este conformă cu realitatea sunt pasibil de încălcarea prevederilor legislației penale privind falsul în declarații.

Data completării:.....

Operator economic,

.....

Nota: se solicita atât ofertantului asociat, **subcontractantului** cât și tertului sustinator. iar subcontractantul ...SRL nu a declarat ceea ce i s-a cerut, ci a ascuns situația dacă a încălcat sau nu obligațiile de plată a impozitelor, taxelor sau obligațiilor la bugetul general consolidat, declarația sa având următorul cuprins:

Subsemnatul, ..., reprezentant împuternicit al SC ...SRL, în calitate de subcontractant, la procedura de achiziție directă pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect "SERVICII DE PAZĂ, MONITORIZARE ȘI INTERVENȚIE RAPIDĂ", codul CPV 79713000-5, la data de 18.01.2024, organizată de ..., **declar pe propria răspundere sub sancțiunea excluderii din procedura de achiziție publică și sub sancțiunile aplicabile faptei de fals în acte publice, că societatea noastră se afla în proces de insolvență**.

Subsemnatul declar că informațiile furnizate sunt complete și corecte în fiecare detaliu și înțeleg ca autoritatea contractantă are dreptul de a solicita, în scopul verificării și confirmării declarațiilor, orice documente doveditoare de care dispun.

Înțeleg ca în cazul în care această declarație nu este conformă cu realitatea sunt pasibil de încălcarea prevederilor legislației penale privind falsul în declarații.

Data completării: 17.01.2024

În actele de evaluare a ofertei, în mod inexplicabil, comisia responsabilă a reținut că cerința este îndeplinită (anexa nr. 3 la raportul procedurii nr. 81834/12.03.2024, fila 380, și anexa nr. 3 la procesul-verbal nr. 67527/29.02.2024, fila 124), constatare ce nu corespunde realității și care atrage anularea actelor de evaluare și obligarea autorității la reevaluarea ofertei cu respectarea art. 170 alin. (1) din legea achizițiilor publice, conform căruia „are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși”.

Din motive necunoscute, comisia de evaluare „a trecut cu vederea” peste certificatul de atestare fiscală nr. 9005602/ 08.01.2024 (inclus între documentele ofertei, fila 340), conform căruia contribuabilul ...SRL figurează cu obligații fiscale de 1.964.776 lei, restante la 30.11.2023.

O altă critică punctuală adusă de contestatoare privește evaluarea tehnică a câștigătoarei, reproșând autorității că nu a verificat dacă societatea câștigătoare, direct sau prin subcontractant, dispune de un contract cu un furnizor de servicii de telefonie fixă, precum și de un contract cu un furnizor de servicii radio (emisie/ recepție) cu acoperire, cel puțin, pe raza sectorului 3. Și această critică este găsită întemeiată de către organul jurisdicțional, întrucât nu a fost realizată nicio verificare în această privință de către comisie, anexa nr. 3 la raportul procedurii nr. 81834/12.03.2024, fila 311, mărginindu-se să reproducă textul pe care ...SRL l-a copiat în propunerea sa tehnică, fără niciun document suport:

Cerință autoritate contractantă conform caiet de sarcini	Ofertă prestator conform cerințelor caietului de sarcini	Clarificări și răspunsul clarificări solicitate pe durata evaluării ofertelor tehnice în legătură cu informațiile prezentate	Evaluarea răspunsului primit	Observații Cerința îndeplinită / neîndeplinită
Pentru asigurarea eficientă a serviciilor de pază și intervenție rapidă sunt obligatorii următoarele: Un dispecerat cu o dotare minimă: • o (1) linie fax funcțională - contract cu furnizorul de servicii de telefonie	Pentru asigurarea eficientă a serviciilor de pază și intervenție rapidă sunt obligatorii următoarele: Un dispecerat cu o dotare minimă: • o (1) linie fax funcțională - contract cu furnizorul de servicii de telefonie	-	-	Cerința îndeplinită

fixă; • adresa e-mail - pentru primire reclamații / sesizări / sugestii • stații radio emisie / recepție pe fiecare post de pază fix, precum și la dispecerat - contract cu furnizorul de servicii radio (emisie/recepție) cu acoperire, cel puțin, pe raza sectorului 3.	fixă; • adresa e-mail - pentru primire reclamații / sesizări / sugestii • stații radio emisie / recepție pe fiecare post de pază fix, precum și la dispecerat - contract cu furnizorul de servicii radio (emisie/recepție) cu acoperire, cel puțin, pe raza sectorului 3.			
---	---	--	--	--

Din informațiile cuprinse în raport, Consiliul nu poate determina cum a ajuns comisia de evaluare la concluzia că ...SRL îndeplinește cerința multiplă redată mai sus. Nu se regăsesc nicăieri, în propunerea tehnică a acestuia, cele două contracte impuse prin caietul de sarcini: cu un furnizor de servicii de telefonie fixă și cu un furnizor de servicii radio. Mai mult, în declarația ofertantului cu privire la echipamentele necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului, filele 384 și 385, ca echipament de comunicații figurează doar telefonul mobil, lipsind, așadar, aparatura fax și stațiile radio emisie/recepție, aspecte care au scăpat verificării comisiei de evaluare, motiv pentru care Consiliul va obliga autoritatea la îndeplinirea atribuțiilor legale de evaluare a ofertei.

Potrivit art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în anunțul de participare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției, având în vedere, dacă este cazul, dispozițiile art. 162;

b) oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplinește criteriile privind capacitatea și, dacă este cazul, criteriile de selecție și nu se află sub incidența motivelor de excludere.

Pentru a fi declarată câștigătoare, orice ofertă trebuie să se conformeze condițiilor cumulative impuse prin documentația de atribuire.

Totodată, în baza art. 127 alin. (1) din normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare are următoarele atribuții, între altele:

- verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;

- evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul;
- elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor;
- stabilirea ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;
- stabilirea ofertelor admisibile;
- elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei ședințe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape și a raportului procedurii de atribuire.

Art. 131 alin. (4) din aceleași norme stabilește că fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea *elementelor concrete ale ofertelor* în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale.

Aceste considerente rămân deplin valabile și în ceea ce privește justificarea tarifului ofertat de câștigătoare, prin răspunsul nr. 42/26.01.2024 (filele 94-102), față de care cei trei membri ai comisiei de evaluare doar au consemnat în procesul-verbal nr. 67527/29.02.2024, fila 130: *„Răspunsul a fost analizat de comisia de evaluare, a fost considerat conform și acceptat de comisia de evaluare.”*, fără a expune vreo analiză proprie asupra veridicității datelor și corectitudinii calculelor furnizate de către ofertant. Practic, precum în cazul evaluării tehnice, în absența oricărei probe contrare, autoritatea, prin comisia evaluatorie responsabilă formată din trei membri, nu și-a îndeplinit obligația de a verifica sustenabilitatea răspunsului și, în continuare, a propunerii financiare potrivit normelor legale, context în care Consiliul determină că *evaluarea ofertei a fost formală*, din perspectiva răspunsului primit, și că se impune o analiză reală și concretă a ei. Doar după îndeplinirea acestei obligații legale, de către membrii comisiei de evaluare, pe bază de explicații plauzibile, Consiliul se va putea pronunța asupra legalității și temeiniciei viitoarei decizii a autorității, prin care oferta va fi considerată admisibilă sau inadmisibilă, în mod fundamentat.

Între documentele de evaluare transmise de autoritate nu se regăsește absolut nicio dovadă de evaluare concretă a răspunsului ...SRL nr. 42/26.01.2024, ceea ce înseamnă că membrii comisiei de evaluare nu și-au îndeplinit atribuțiile. Admiterea nu este bizuită pe absolut nicio demonstrație din care să reiasă că acele calcule incluse în răspuns ar fi corecte și că este permisă diminuarea costurilor contractului prin manopera „donării” parțiale de către societatea ofertantă a profitului obținut în anul anterior, cu o explicație de genul (fila 97):

Adunand cheltuielile cu munca vie, cheltuielile indirecte si profitul previzionat, vom avea urmatoarea valoare:

Total costuri contract 268,843.72

Subscrisa beneficiaza de un profit total (conform balanta de verificare atasata) de 1.363.332,41 lei, din care suma de 59.600 lei este alocata pentru sustinerea contractului la autoritatea contractanta

Astfel, in urma realizarii scaderii din rezultanta costurilor 268.843,72 ron a valorii profitului alocat 59.600 ron, pretul final al contractului este: 209,243.72 ron

Această sumă, împărțită la numărul total de 10464 ore, rezultă un tarif orar de 20,00 lei/ oră, fără TVA.

De asemenea, dacă efectuăm calculul și invers, pentru a corecta efectul zecimalelor, rezultă 10464 ore X 20,00 lei = 209,280.00 lei.

Dacă apreciază a fi necesar, pentru întocmirea temeinică și legală a actelor sale, autoritatea contractantă poate face apel la dispozițiile care îi dau dreptul de a beneficia de serviciile unui expert cooptat pe lângă comisia de evaluare. *„În cazul în care evaluarea solicitărilor de participare/ofertelor necesită o expertiză aprofundată în domeniul achizițiilor publice ori de natură tehnică, financiară, juridică și/sau privind aspectele contractuale specifice, autoritatea contractantă poate desemna, pe lângă comisia de evaluare, specialiști externi numiți experți cooptați.”* - art. 126 alin. (3) normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Așadar, în speța de față, celor trei membri ai comisiei de evaluare nominalizați în raportul procedurii le revenea obligația de a identifica elementele financiare *concrete* ale ofertei evocate, pe care să le raporteze la cerințele exprese ale legislației salarizării. După cum a atenționat și Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Decizia nr. 66 din 1 octombrie 2018, paragraful 79, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 970 din 16 noiembrie 2018, nu este permisă intrarea în ultima etapă a evaluării a unor oferte neverificate *complet* sub aspectul conformității sau acceptabilității lor, care, în consecință, prezintă riscul unei eventuale inadmisibilități.

Aceleași norme prevăd și:

Art. 133. - (1) Comisia de evaluare are **obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă** atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât **și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.**

[...]

(3) **Propunerea financiară trebuie** să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului, să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Lege sau **să nu reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.**

Nu trebuie omis că, în baza art. 215 alin. (5) din lege și a art. 137 alin. (3) lit. c) din norme, *oferta este considerată neconformă* în situația în care conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate, iar una dintre atribuțiile comisiei este stabilirea ofertelor neconforme.

Obligația de diligență a autorității îi impune examinarea, cu atenție și cu imparțialitate, a tuturor elementelor pertinente ale

cauzei, pentru a înlătura îndoielile și pentru a clarifica situația – în acest sens, *mutatis mutandis*, este Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 28 februarie 2018, Vakakis kai Synergates/Comisia, T-292/15, EU:T:2018:103. *Autoritatea nu poate să accepte oferta ori să semneze contractul dacă are sau ar trebui să aibă în mod rezonabil motive să considere că respectiva ofertă nu este conformă* (Hotărârea din 29 octombrie 2015, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14, EU:T:2015:820). Totodată, *autoritatea nu are posibilitatea de a negocia cu ofertanții ofertele neconforme cerințelor obligatorii*. Admiterea ofertelor neconforme spre a fi negociate ar lipsi de utilitate stabilirea cerințelor obligatorii (Hotărârea din 5 decembrie 2013, Nordecon și Ramboll Eesti, C-561/12, EU:C:2013:793). Este esențial ca autoritatea să fie în măsură să se asigure cu precizie asupra conținutului ofertei și în special cu privire la conformitatea acesteia cu documentația de atribuire (Hotărârea din 13 septembrie 2011, Dredging International și Ondernemingen Jan de Nul/EMSA, T-8/09, EU:T:2011:461, și Hotărârea din 10 decembrie 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T-195/08, EU:T:2009:491). Criteriul privind conformitatea ofertei este absolut. *Dacă oferta nu respectă documentația de atribuire, ea trebuie respinsă* (Hotărârea din 25 februarie 2003, Renco/Consiliul, T-4/01, EU:T:2003:37, Hotărârea din 25 februarie 2003, Strabag Benelux/Consiliul, T-183/00, EU:T: 2003:36, Hotărârea din 25 februarie 2003, Renco/Consiliul, T-4/01, EU:T:2003:37, și, în special, Hotărârea din 28 februarie 2018, MA.T.I. SUD și Duemme SGR, C-523/16 și C-536/16, EU:C:2018:122).

Procesul-verbal și raportul procedurii amintite, la modul cum sunt redactate, probează că membrii comisiei nici măcar nu au evaluat oferta în discuție prin prisma verificării corectitudinii și pertinentei explicațiilor din cele nouă pagini ale răspunsului ...SRL nr. 42/26.01.2024 (filele 94-102), constatare care atrage admiterea obiecțiunilor contestatoarei și obligarea autorității, prin comisia de evaluare responsabilă, să reevalueze oferta acestei societăți sub aspectul corectitudinii calculului și admisibilității manoperei alocării de fonduri din profitul societății pentru diminuarea tarifului/prețului ofertat.

În temeiul art. 147 alin. (1) lit. b) din norme, contractul de achiziție publică are ca anexe, parte integrantă din acesta, răspunsurile clarificatoare furnizate de ofertanți în perioada de evaluare, rezultând că rolul lor este unul capital în stabilirea înțelegerii și întinderii contractului. Aceste răspunsuri, cum este cel transmis de ...SRL, trebuie examinate efectiv și cu atenție, nefiind suficiente „bifarea” primirii lor și consemnarea cuprinsului lor. Jurisprudența Consiliului este constantă în sensul că orice decizie a autorității/entității privind admiterea sau respingerea unei oferte

trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe simple presupuneri care ar favoriza ori defavoriza ofertanții. Autoritatea/entitatea are obligația nu doar să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba conformitatea ofertei, ci și de a verifica temeinic răspunsurile justificatorii/probante pe care le primește de la ofertanți, ceea ce nu s-a întâmplat în cazul răspunsului transmis de ...SRL.

Pentru a fi imparțială, evaluarea trebuie să fie completă și temeinică, iar nu să lase loc supozițiilor de favorizare a unei oferte sau, dimpotrivă, de dezavantajare a ei – a se vedea, în acest sens, decizia nr. 646 din 27 mai 2021 a Curții de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7gegg3dg, și decizia civilă nr. 1267 din 20 noiembrie 2019 a Curții de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 3g346839.

Nu Consiliul are obligația de a evalua ofertele și răspunsurile de clarificare a acestora, ci comisia de evaluare, comisie care nu și-a îndeplinit această obligație în privința ofertei și a răspunsului ...SRL, după cum s-a reținut mai sus.

Pe cale de consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația ...SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., va anula raportul procedurii de atribuire nr. 81834/ 12.03.2024 și actele ulterioare, inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii către ofertanții admiși, dependente de cele consemnate în raport, toate în partea care privește oferta ...SRL, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a prezentei decizii, a documentației competiției și a legislației aplicabile privind achizițiile publice.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic și financiar.

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

Admite contestația Companiei de ...SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii de atribuire nr. ... și actele ulterioare, inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii

către ofertanții admiși, dependente de cele consemnate în raport, toate în partea care privește oferta ...SRL. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica ...SRL și contestatoarei rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată practica deciziei,

...

Redactată în patru exemplare, conține optsprezece pagini.