CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., ..., având CUI RO ....., număr de înregistrare în Registrul Comerţului ....., privind procedura simplificată – într-o singură etapă, online, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect ....., cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev. 2), contestatoarea a solicitat remedierea în tot a deciziei autorității contractante în sensul anulării rezultatului prin care oferta sa a fost respinsă, a adresei nr. 1286/17.05....., evaluarea ofertei sale și desemnarea ofertantului câștigător în conformitate cu documentația de atribuire și prevederile legislației în vigoare în materie de achiziții, iar în cazul în care procedura a fost finalizată, solicită anularea rezultatului procedurii și a actelor subsecvente acesteia cu respectarea criteriilor enunțate.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, în

cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

Prin adresa nr. 1237/10.05....., autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa a fost respinsă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, motivându-și decizia prin faptul că, nu a completat în DUAE participarea împreună cu un alt operator economic, cu toate că a completat și depus oferta și documentele aferente în calitate de ofertant unic și a depus, de asemenea, contractul de utilizare, încheiat sub semnătură privată cu respectarea prevederilor legale.

Împotriva acestui ....., în termenul legal, a înaintat autorității contractante notificarea prealabilă nr. 5050/14.05..... Prin răspunsul nr. 1286/17.05..... la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a respins cele solicitate și nu a adoptat măsuri de remediere.

Decizia autorității contractante o consideră netemeinică și nefondată, deoarece aceasta înțelege să interpreteze clauzele unui contract încheiat sub semnătură privată, după sensul literal al termenilor și nu după voința concordantă a părților, în conformitate cu dispozițiile art. 1266 și următoarele din Codul civil, mai mult să asimileze un contract de utilizare cu unul de subcontractare, contrar prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016. Astfel că, aceasta își menține decizia de a-i respinge oferta ca inacceptabilă în baza dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Contestoarea menționează că, prin răspunsul la clarificări, a precizat faptul că participă la prezenta procedură fără susținători, asociați sau subcontractanți așa cum se poate vedea din contractul de utilizare, contract încheiat sub semnătură privată între părțile contractante (utilizator-furnizor).

Referitor la contractul de utilizare ca înscris sub semnătură privată, încheiat cu furnizorul său, raportat la prevederile legale, contestatoarea consideră interpretarea clauzelor contractuale, dar și conținutul și forma acestuia, a fi nelegale și lipsite de obiectivitate în raport de prevederile legale, cerințele achizitoarei și, deopotrivă, restrictive în raport de natura și importanța contractului.

Așa cum a precizat, prin raportare la art. 1268 din Codul civil, contractul încheiat sub semnătură privată „cuprinde decât lucrul asupra căruia părțile și-au propus a contracta, oricât de generali ar fi termenii folosiți”.

Or, în privința definiției termenului de prestare, acesta este echivalentul furnizorului și, pe cale de consecință, termenii folosiți nu au relevanță indiferent cât de generali ar fi, sau cum au fost folosiți în context, atâta timp cât acest înscris, conform prevederilor legiuitorului, este opozabil terților numai în privința semnăturii și a datei certe și nu a interpretării sensului literal al termenilor folosiți și a clauzelor contractuale.

Față de cele precizate, raportat la definițiile de la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea consideră că nu era

nevoie să declare în DUAE în cuprinsul secțiunii C și D, sprijinul unei terțe persoane, deoarece acest furnizor nu are astfel de calitate în această procedură, ci numai pentru scopul în care înscrisul a intervenit între părțile contractante.

Prin urmare, față de această procedură furnizorul este un terț, nu are raporturi juridice cu beneficiarul final, și nu are calitate de subcontractant în conformitate cu prevederile legale antemenționate, precizare de altfel făcută și în cuprinsul înscrisului sub semnătură privată, înscrisul acesta nefiind susceptibil de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Precizează că, a participat și la alte licitații, care au fost deja adjudecate, unde a atașat același contract, întocmit în conformitate cu prevederile art. 3 alin (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, prevederi pe care autoritatea contractantă le-a încălcat, și care definește fără echivoc termenul folosit în cadrul contractului de utilizare atașat procedurii.

Societatea contestatoare consideră motivările autorității contractante din decizia sa nefondate, restrictive raportat la prevederile legale aplicabile întrucât, atunci când a prevăzut în cuprinsul caietului de sarcini că intervenția se realizează cu personalul propriu specializat al prestatorului, a avut în vedere favorizarea anumitor operatori economici, îngrădind astfel egalitatea de șanse în ceea ce privește participarea la procedură a tuturor operatorilor economici, prin nerespectarea art. 53 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, indiferent de modul cum s-ar fi completat în DUAE secțiunilor C și D, autoritatea contractantă „ar fi asimilat” și interpretat după propria voință acest înscris, și ar fi respins oferta SC ..... SRL, motivând aceleași aspect restrictiv, impus prin documentație.

De altfel, contestatoarea sesizează că, prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă nici nu a analizat criticile formulate, răspunsul fiind același „copy-paste”.

Prin urmare, contestatoarea consideră că respingerea ofertei sale, în baza acestor motivări ale autorității contractante, nu poate fi decât una nelegală și netemeinică.

În vederea soluţionării contestaţiei, Consiliul a solicitat autorităţii contractante, prin adresa nr. 20385/...../...../22.05....., în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziţiei publice, DUAE și propunerea tehnică depuse de contestatoare, precum şi punctul de vedere cu privire la contestaţie.

Prin adresa nr. 1397/30.05....., înregistrată la CNSC cu nr. 21397/30.05....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestaţia depusă de SC ..... SRL, împreună cu documentele solicitate.

....., prin punctul său de vedere, solicită respingerea contestației ca nefondată, din următoarele motive:

Prin notificarea prealabilă nr. 5050/14.05....., contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii în ceea ce privește oferta sa,

iar în urma analizei notificării, nu a adoptat măsuri de remediere cu privire la oferta depusă, aceasta fiind vădit nefondată.

Potrivit cerinței din caietul de sarcini „intervenția se realizează cu personal propriu specializat al prestatorului, structura specializată de intervenție (echipaje de intervenție) trebuind să intervină cu echipaje specializate și, concomitent, în funcție de gravitatea evenimentelor, să solicite sprijinul organelor abilitate ale statului (Poliție și/sau Jandarmerie)".

Astfel, având în vedere această cerință și prin raportare la contractul de utilizare depus de către ofertant în cadrul ofertei, în mod întemeiat, autoritatea contractantă precizează că a calificat răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1165/BA/04.05..... ca fiind neconcludent, întrucât în cauză, nu s-a făcut dovada că operatorul economic poate presta servicii de intervenție cu personal propriu.

Prin urmare, rezultă în urma analizei cerinței documentației de atribuire faptul că, autoritatea contractantă a solicitat, în mod expres, ca aceste servicii să fie prestate de către operatorul economic prin intermediul personalului propriu, iar contestatoarea nu a îndeplinit această cerință. Aceasta încearcă să argumenteze neîntemeiat, faptul că îndeplinește această cerință încheind un contract de utilizare cu un terț.

Prestarea acestor servicii de intervenție prin intermediul unei terțe părți în baza unui contract de utilizare poate fi asimilată unei subcontractări a acestor servicii, fapt ce nu a fost declarat și asumat de către ofertant în cadrul procedurii, respectiv în documentul unic de achiziții european (DUAE) depus în SEAP.

Mai mult, contestatoarea, în cadrul contestației, încearcă să argumenteze că terța parte care prestează serviciile de intervenție este un furnizor în sensul prevederilor art. 3 alin. 1 lit. w) din Legea nr. 98/2016. Or, toată această argumentație este nefondată și nu are legătură cu situația juridică dedusă judecății, astfel chiar textul legal care definește calitatea de furnizor se referă la o entitate care prestează un serviciu către un contractor, astfel că, în mod clar, nu este îndeplinită cerința documentației de atribuire ce prevede că serviciile de intervenție sunt asigurate cu personal propriu.

Critica contestatoarei cu privire la faptul că cerințele documentație de atribuire sunt abuzive și restrictive, sunt nefondate, contestatoarea având dreptul/posibilitatea ca odată cu depunerea ofertei, în cadrul DUAE atașat ofertei, să completeze faptul că intenționează să subcontracteze serviciile de intervenție, însă nu a uzat de acest drept.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că societatea contestatoare nu a făcut dovada, nici până la acest moment, că poate presta serviciile de intervenție solicitate cu personal propriu.

Prin adresa nr. 5218/05.06....., înregistrată la Consiliu cu nr. 22498/06.06....., SC ..... SRL a transmis Concluzii scrise, prin care solicită respingerea apărărilor formulate de către autoritatea

contractantă, admiterea contestației formulate și motivată de faptul că, depunerea ofertei s-a făcut în conformitate și raportat la cele specificate în documentația de atribuire și arătate prin contestație.

Referitor la apărările invocate de către autoritatea contractantă, prin punctul de vedere, consideră că sunt nefondate și solicită respingerea acestora, întrucât sunt contradictorii prin ele însăși ca mod de apărare, deoarece:

- cerința „intervenția se realizează cu personal propriu specializat al prestatorului (...)", a avut în vedere favorizarea anumitor operatori economici, îngrădind astfel egalitatea de șanse în ceea ce privește participarea la procedură a tuturor operatorilor economici, chiar prin nerespectarea art. 53 din Legea nr. 98/2016;
- se invocă în continuare faptul că, „operatorul economic nu îndeplinește această cerința";
- motivează decizia sa prin faptul că „contractul de utilizare poate fi asimilat unui contract de subcontractare, fapt ce nu a fost declarat în cadrul procedurii (...)";
- „referitor la condițiile restrictive", autoritatea contractantă își contrazice propria documentație de atribuire.

Prin urmare, contestatoarea precizează că, având în vedere cerințele caietului de sarcini și interpretările proprii, atât în privința clauzelor contractuale ale unui înscris, autoritatea contractantă „ar fi asimilat" și interpretat după propria voință acest înscris și ar fi respins oferta sa motivând același aspect restrictiv, impus prin documentație, oferta sa, invocând faptul că „intervenția se realizează cu personal propriu specializat al prestatorului" și „operatorul economic nu îndeplinește această cerința".

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

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura simplificată – într-o singură etapă, online. Conform anunţului de participare simplificat nr. ...../....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziţii Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 10.04....., ora 1500. Valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 156.199,68 lei și 232.678,40 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este preţul cel mai scăzut.

Ca urmare a comunicării deciziei autorităţii contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, SC ..... SRL a depus contestaţie, solicitând remedierea în tot a deciziei autorității contractante în sensul:

- anulării rezultatului prin care oferta sa a fost respinsă;
- anularea adresei nr. 1286/17.05.....;
- evaluarea ofertei sale cu respectarea strictă a documentelor achiziției și criteriului de atribuire prevăzut în documentația de atribuire și prevederile legislației în vigoare în materie de achiziții;

- desemnarea ofertantului câștigător în raport de criteriile documentației de atribuire și în conformitate cu prevederile legale în materie de achiziții;
- în cazul în care procedura a fost finalizată, solicită anularea rezultatului procedurii și a actelor subsecvente acesteia cu respectarea criteriilor mai sus enunțate.

La analiza criticilor contestatoarei împotriva deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, Consiliul constată lipsa de temei a criticilor.

În stabilirea acestui ....., Consiliul a avut în vedere motivele de respingere a ofertei contestatoarei, astfel cum au fost acestea comunicate prin adresa nr. 1237/10.05.2017, respectiv lipsa de concludență a răspunsului la solicitarea de clarificări legată de calitatea ..... SRL în cadrul procedurii de față.

Astfel, se constată, că prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a stabilit referitor la modul de realizare a intervenției, cap. 6 *Alte cerințe obligatorii*, că: *Interventia se realizeaza cu personal propriu specializat al prestatorului, structura specializata de interventie (echipaje de interventie) trebuind sa intervina cu echipaje specializate si, concomitent, in functie de gravitatea evenimentelor, sa solicite sprijinul organelor abilitate ale statului (Politie si/sau Jandarmerie)*.

Referitor la îndeplinirea acestei cerințe, prin procesul-verbal nr. 993/BA/23.04....., autoritatea contractantă a stabilit necesitatea solicitării de clarificări contestatoarei legate de dispunerea echipajului de inervenție.

Astfel, prin adresa nr. 1001/BA/23.04....., întrebarea nr. 6, achizitoarea a solicitat clarificări legate de modul în care este îndeplinită cerința privind dispunerea echipajului de intervenție.

Prin răspunsul său la această solicitare, nr. 4908/23.04....., autoarea contestației a precizat că atașează Contractul de utilizare, Aviz de dispecerat și Anexa 1B cu dispunerea echipajelor de intervenție pentru ..... conform avizului IGPR.

Analizând aceste documente se constată că a fost depus Contractul de utilizare nr. 4493/01.03..... (număr de înregistrare la contestatoare), încheiat între petentă și SC ..... SRL, contract cu titlu gratuit, încheiat pe o durată de 36 de luni, cu mențiunea la art. 3 a faptului că acest contract nu face obiectul unei forme de asociere, susținere sau subcontractare. Acest contract are ca obiect următoarele:
- conectarea sistemelor antiefracție ale clienților contestatoarei la dispeceratul SC ..... SRL;
- prestarea de către SC ..... SRL a serviciului de monitorizare și intervenție cu echipaje specializate la obiectivele clienților contestatoarei;
- instalarea, modificarea și întreținerea componentelor sistemelor de alarmare împotriva efracției de către SC ..... SRL la obiectivele clienților contestatoarei;

- utilizare în caz de necesitate posibilitatea utilizării de către contestatoare ca spațiu de birou, punctele de lucru ale SC ..... SRL la nivel național.

Prin procesul-verbal nr. 1162/04.05..... autoritatea contractantă constată, legat de răspunsul contestatoarei, că potrivit DUAE, contestatoare a indicat că nu participă la procedură împreună cu alți operatori ecnomici, iar activitate de intervenție este realizată de un alt operator economic.

Prin urmare, prin adresa nr. 1165/BA/04.05....., autoritatea contractantă a solicitat o nouă clarificare prin care a cerut contestatoarei să justifice motivele pentru care, deși nu a declarat prin DUAE că participă la procedură împreună cu alți ofertanți, activitatea de intervenție este asigurată de SC ..... SRL.

La această solicitare contestatoare a răspuns prin adresa nr. 5013/0705....., indicând că a fost depus un contract de utilizare care nu este un contract de parteneriat și nici de asociere, de aceea nu a fost completat DUAE în acest sens. De asemenea, au fost făcute precizări legate de ce presupune un astfel de contract, pe care îl compară cu un contract de împrumut în situațiile special prevăzute de lege în situațiile art. 1179 din NCC, cu enumerarea caracterelor juridice ale acestuia și susținând că este un contract de furnizare, iar partciparea la procedura de atribuire se face în mod solitar.

Prin procesul-verbal nr. 1233/10.05..... autoritatea contractantă a considerat neconcludent acest răspuns și a decis că oferta contestatoarei este inacceptabilă.

Analizând toate aceste documente, Consiliul constată că în discuție este faptul că potrivit DUAE și propriilor susțineri ale contestatoarei, inclusiv cele din contestație că la această procedură de atribuire participă în nume propriu și nu în asociere cu un alt operator economic ori prin apelarea la serviciile unui alt operator economic, în calitate de subcontractant.

Ori, Consiliul observă că aceste afirmații sunt făcute în condițiile în care activitățile de intervenție sunt asigurate de un alt operator economic.

De asemenea, se constată că sunt invocate de contestatoare prevederile art. 3 alin. (1) lit. w) din HG nr. 395/2016, privind calitatea de furnizor a SC ..... SRL, fiind omise prevederile aceluiași articol lit. yy): *subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop*.

În cazul de față este în discuție prestarea unor servicii de către un operator economic altul decât contestatoarea, care nu furnizează servicii pentru aceasta ci pentru achizitoare, astfel că nu sunt incidente prevederile de la lit. y) invocate: *furnizor - entitatea care*

pune la dispoziţia unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant.

Conform prevederilor legale amintite, furnizorul de servicii prestează servicii către un contractant, în cazul de față contestatoarea, iar în situația în care aceste servicii sunt furnizate autorității contractante atunci respectivul operator economic are calitatea de subcontractant. În situația în care se dorește a avea calitatea de ofertant atunci respectivul furnizor trebuie să devină asociat.

Prin urmare, prestând o parte din contract, SC ..... SRL trebuia declarat subcontractant atât timp cât calitatea de ofertant și-a asumat-o solitar contestatoarea.

Nedeclarând acest operator economic ca subcontractant devine evident că nu au fost îndeplinite nici condițiile impus prin documentația de atribuire pentru subcontractanți.

Cât privește alegațiile contestatoarei legate de caracterul contractului de utilizare, Consiliul constată lipsa de temei a acestora. Indiferent de conținutul clauzelor acestui contract, prevederile în materia achizițiilor publice nu pot fi eludate prin artificii precum cele create de contestatoare. Înțelegerea dintre părți în cadrul respectivului contract nu poate fi invocată în acoperirea unor obligații pentru care legiuitorul a prevăzut reguli clare legate de modul de participare la o procedură de achiziție publică, iar autoritate contractantă a stabilit prin documentația de atribuire regulile de conduită aplicabile.

Realizarea unei părți din contract de către un operator economic poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin subcontractare. În cazul de față, având în vedere că autoarea contestației se declară ofertant unic atunci SC ..... SRL ar putea presta activitatea de intervenție doar dacă este nominalizat ca subcontractant.

În aceste condiții, respingerea ofertei contestatoarei de către achizitoare este întemeiată, aceasta declarând că SC ..... SRL nu este subcontractant și, prin urmare, autoarea contestației nu poate asigura prestarea serviciilor de intervenție solicitate prin caietul de sarcini conform prevederilor legale incidente.

În discuție este faptul că parte din serviciile solicitate prin caietul de sarcini, respectiv intervenția, se va face de un alt operator economic pentru care nu au fost îndeplinite formalitățile necesare potrivit legislației în materia achizițiilor publice și a prevederilor documentației de atribuire. Dacă ar fi declarat că SC ..... SRL este subcontractant și ar fi depus documentele solicitate prin fișa de date a achiziției pentru subcontractanți condiția privind personalul propriu ar fi fost îndeplinită, partea respectivă din contract fiind îndeplinită de personalul subcontractantului.

De asemenea, nu pot fi luate în considerare la acest moment, procedura de atribuire fiind în stadiul de evaluare a ofertelor, criticile contestatoarei legate de documentația de atribuire. Dacă considera că documentația de atribuire este excesivă, atunci contestatoarea putea depune contestație anterior depunerii ofertei, conform dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016. Altfel, la acest moment, orice demers împotriva documentației de atribuire, este tardiv formulat.

Cât privește eventuala anulare a procedurii de atribuire solicitată de contestatoare pentru situația în care procedura a fost finalizată, Consiliul constată lipsa de interes a acesteia în a solicita o asemenea măsură dat fiind faptul că oferta sa a fost respinsă, iar Consiliul a constatat corectitudinea măsurii luate de achizitoare.

În aceste condiții, Consiliul va respinge contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., ca nefondată.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu .....

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**