

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1604/C9/1586

Data: 02.08.2022

Prin contestația nr. 814/01.07.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 33124/04.07.2022, depusă de SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SRL, cu sediul în, reprezentată legal prin administrator, privind procedura de licitație deschisă, organizată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, pentru atribuirea contractului având ca obiect *Achiziția de servicii de monitorizare/supraveghere/întreținere/mentenanță sisteme supraveghere video, sisteme de alarmare antiefracție și intervenție cu echipaj rapid, pază umană și transport valori casierii*, cod CPV 79713000-5 *Servicii de pază (Rev.2)*, s-a solicitat: admiterea contestației; anularea raportului procedurii nr. 3753/23.06.2022 și a comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 3754/23.06.2022, precum și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestor acte în cadrul procedurii de atribuire și reanalizarea ofertelor depuse de SC SRL și SC SRL; obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de aceasta, respectiv să reia procedura de evaluare a ofertelor și desemnare a ofertantului câștigător, cu luarea în considerare a ofertei asocierii SC SRL - SC SRL, întrucât aceasta nu poate fi respinsă ca inacceptabilă, dar și cu consecința constatării că oferta SRL este neconformă și inacceptabilă; în situația în care se constată incidența dispozițiilor art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu privire la inacceptabilitatea ambelor oferte, anularea procedurii, cu consecința obligării autorității contractante la organizarea unei noi proceduri de atribuire în ceea ce privește serviciile sus menționate.

Prin adresa nr. 1378/13.07.2022, înregistrată la Consiliul sub nr. 34955/14.07.2022, SRL, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., a formulat cerere de intervenție în interes propriu în cauză, solicitând respingerea

contestației, iar pe cale de excepție, respingerea acesteia ca lipsită de interes.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

**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 SC SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În preambul, contestatoarea susține interesul său în promovarea contestației.

Pe fondul cauzei, arată că, potrivit raportului procedurii nr. 3753/23.06.2022, emis în urma deciziei Consiliului nr. și a comunicării nr. 3754/23.06.2022, a fost înștiințată că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece clarificările/completările transmise nu sunt concludente.

În urma studierii dosarului cauzei, contestatoarea face următoarele precizări:

Cu privire la inacceptabilitatea ofertei sale, raportat la dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG 395/2016, susține că actul atacat este netemeinic și nelegal, iar rezultatul procedurii a fost viciat deoarece, în ceea ce privește declararea ofertei sale ca inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din HG 395/2016, în urma reevaluării conform deciziei Consiliului, autoritatea contractant a apreciat, în mod superficial și formal, preluând doar considerentele deciziei, că are obligația reevaluării doar în sensul analizării documentelor deja existente la dosarul achiziției, fără a mai solicita clarificări suplimentare.

Contestatoarea redă, în cuprinsul contestației, conținutul adresei nr. 751/20.06.2022, transmisă autorității contractante.

În mod abuziv și nelegal, cu încălcarea flagrantă a legislației în vigoare, autoritatea contractantă a declarat oferta sa inacceptabilă, valorificând același răspuns la solicitarea de clarificări 1968/18.04.2022 ca neconcludent în condițiile în care aceasta s-a pronunțat anterior în cadrul raportului nr. 2072/26.04.2022 cu privire la declararea ofertei sale admisibilă. Practic, autoritatea contractantă a ales cea mai simplă soluție, în sensul de a nu mai solicita clarificări suplimentare sau lămuritoare, raportându-se doar la textele preluate din decizia Consiliului fără a face o reevaluare în adevăratul sens specificat de legislație, cu verificarea completă a condițiilor de admisibilitate a ambelor oferte depuse.

Contestatoarea face următoarele afirmații, în ceea ce privește oferta sa:

Conform dispozițiilor deciziei Consiliului nr., autoritatea contractantă i-a transmis solicitarea de clarificări înregistrată sub nr. 1968/18.04.2022 prin care s-a cerut: *În calculul tarifelor de pază (24/24 ore, 16/24 ore) a fost luată în calcul o normă de ore/lună/agent. Se solicită să se clarifice și să se justifice normă de ore luată în calcul și care ar fi trebuit să fie 167.333 ore conform dispozițiilor legale.*

Să se justifice modul de calcul al salariului tarifar orar prin reducerea normei legale.

Astfel, îndeplinind obligațiile stabilite prin decizia menționată, contestatoarea susține că a răspuns cu adresa nr. 500/19.04.2022 - din rândul 2 al Anexei 2 la formularul de ofertă - norma de lucru legală/lună luată în calcul la fundamentarea Calculației de preț este de 167.333 ore.

De altfel, atât autoritatea contractantă, cât și părțile implicate în cauza în dosarul nr. 1084/C9, aflat pe rolul CNSC au fost informate cu privire la justificarea normei legale conform explicațiilor:

Pentru un post permanent 24 h/24h, norma de 160.63 ore/agent/lună reprezintă timpul efectiv lucrat/agent /lună, diferența de 6 ore/agent/lună reprezintă ore libere plătite conform art. 126 din Codul muncii, așa cum rezultă fără echivoc din cuprinsul Coloanei 4- Detaliere componentă spor noapte respectiv: Salariații de noapte beneficiază:

- fie de program de lucru redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă, pentru zilele în care efectuează cel puțin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază;
- fie de un spor pentru munca prestată în timpul nopții de 25% din salariul de bază, dacă timpul lucrat reprezintă cel puțin 3 ore de noapte din timpul normal de lucru.

Salariații de noapte beneficiază de program de lucru redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă, pentru zilele în care efectuează cel puțin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază.

Așadar, 167.33-160.636.7 ore reprezintă ore libere plătite așa cum este menționat pe rândul 4, coloana - Anexa 2 la formularul de ofertă.

Autoritatea a solicitat expres și exact, clarificarea și justificarea normei de ore luată în calcul modul de calcul al salariului tarifar orar, respectiv:

- pentru un post de 16h/24h zile lucrătoare-nepermanent (între orele 16.00-08.00, 24h/24h zile nelucrătoare);
- norma de 158,74 ore/agent/lună reprezintă timpul efectiv lucrat/agent/lună, diferență de 8.59 ore/agent/lună reprezintă ore libere plătite conform art. 126 din Codul muncii, astfel cum rezultă fără echivoc din cuprinsul Coloanei 4 - Detaliere componentă spor noapte.

Așadar, $167.33 - 158,74 = 8,59$ ore reprezintă ore libere plătite astfel cum este menționat pe rândul 4 ,Coloana 4- Anexa 2 la formularul de ofertă.

Cu privire la solicitarea 2: „Să se justifice modul de calcul al salariului tarifar orar prin reducerea normei legale ” a clarificat următoarele:

Se invocă HG nr. 1071/2021.

Așa cum rezultă din rândul 2 al Anexei 2 a Formularului de ofertă rezultă că salariul tarifar are norma medie lunară de 167.333 ore.

Angajatorul plătește salariatului 167.333 ore în medie pe lună (rând 2, Anexa 2) formată din:

-160,33 ore reprezentând timp efectiv lucrat;

-6,7 ore, reprezintă ore libere plătite conform art. 126 din Codul muncii,

Respectiv:

-158,74 ore reprezentând timp efectiv lucrat;

-8,59 ore, reprezintă ore libere plătite conform art. 126 din Codul muncii.

Se face referire la prevederile art. 129 și 132 din Codul muncii.

Având în vedere considerentele expuse, rezultă că modalitatea de calcul a salariului tarifar prezentat în Calculația de preț pentru tarif unitar ofertat este corectă, având la bază prevederile legale de mai sus.

Calculația de preț depusă respectă prevederile HG nr. 1071/2021, precum art. 126, 129 și 132 din Codul muncii.

Contestatoarea consideră eronată concluzia autorității contractante, potrivit căreia răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1968/18.04.2022 nu este concludent și nu satisface cerințele impuse, având în vedere faptul că s-a pronunțat anterior în cadrul raportului 2072/26.04.2022, că oferta sa este admisibilă.

De asemenea, invocă art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Totodată, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 215 alin. (1) și (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la oferta SCSRL, contestatoarea susține că aceasta nu îndeplinește cerințele de conformitate și admisibilitate în raport de detalierea tarifară, astfel:

În urma analizării fundamentării tarifului orar pentru cele 37 posturi de pază permanente se constată că acesta a ofertat un preț sub costuri, încălcându-se principiile concurenței loiale; potrivit cererilor de clarificări adresate ofertantului declarat câștigător, oferta inițială a acestuia și elementele sale componente nu au putut fi justificate, aspect ce va rezulta cu evidență din modificarea substanțială a componentelor ofertei, ca urmare a neconcordanțelor și diferențelor identificate de autoritatea contractantă. Astfel, ofertantul declarat câștigător nu a justificat concludent, prin răspunsul la clarificări că prețurile ofertate sunt preturi care respectă principiul concurenței loiale; ofertantul declarat câștigător

a prezentat o ofertă sub costuri; oferta financiară trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel încât să nu se poată propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate.

Pentru un post de 24/24 ore, salariul minim brut de încadrare/lună conform HG nr. 1071/2022 este de 2.550 lei, de unde rezultă un salariu tarifar de 15,239 lei/oră; norma lunară de lucru = 167,333 ore/lună/agent, 365 zile/an: 12 luni/an = 30,42 zile/lună (medie); 30,42 zile/lună (media) x 24 h/zi 730 h/lună (medie); 730 ore/post/lună : 167,333 ore/lună/agent = 4,36 agenți de securitate/post/lună. Acest număr de agenți a fost ofertat, respectiv 4,36 agenți de securitate.

Pentru a nu avea ore suplimentare, respectiv un cost 0 (nestipulate în oferta financiară), ore peste norma legală de 167,333 ore/lună, pentru cele 30,42 ore libere/lună provenite din aplicarea prevederilor art. 126 lit. a) din Codul muncii se suplimentează numărul de agenți: 30,42 ore/lună: 167,333 ore/lună/agent = 0,18 agenți de securitate/post/lună, astfel, numărul necesar de agenți pentru post 24 ore este de 4,54 agenți de securitate/post/lună. În urma acestui calcul matematic, rezultă ca ofertantul a omis să insereze în detalierea tarifară costul cu cei 0,18 agenți suplimentari sau costul cu sporul de ore suplimentare.

Pentru munca de noapte SC SRL a aplicat prevederile art. 126 din Codul muncii - program de lucru redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă, pentru zilele în care efectuează cel puțin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază.

Se invocă prevederile art. 126 lit. a) din Codul muncii.

Susține că valoarea cheltuielilor indirecte ar fi trebuit să fie de minim 5,31 lei/lună/agent, a prevăzut doar 4 lei/lună/post permanent.

În urma corelării "erorii aritmetice" nu a corelat și valoarea acordurilor de subcontractare respectiv lista asociaților și subcontractorilor - Formular 13.

Concluzionând, contestatoarea susține că, pe lângă faptul că a omis includerea cheltuielilor indirecte în ceea ce privește cheltuielile de subcontractare în fundamentarea tarifară, nici nu a procedat la corelarea valorii acestora în Formularul 13, aspect nesesizat de autoritatea contractantă.

O altă omisiune în cadrul ofertei financiare este calculul tarifar orar pentru cele 5 posturi de pază care se vor subcontracta, care trebuia fundamentat diferit pentru că agenții care vor presta activitatea de pază sunt angajați și, astfel încât se impunea tarifierea conform reglementărilor interne ale subcontractanților referitor la CCM și fond handicap, respectiv sporul de weekend și calculul fondului de

handicap, autoritatea neverificând dacă acestea sunt aceleași și în cazul și, potrivit tabelului redat în contestație.

Prin solicitarea de clarificări nr. 629/15.02.2022, autoritatea contractantă solicită clarificări SRL.

Consideră că răspunsul formulat de către ofertant este neconcludent și neconform cu realitatea.

.....specifică faptul că, pentru prestarea celor 2,40 ore concediu/post aferente celor 0,18 alți agenți, este angajată persoana, căreia îi plătește doar suma subvenționată de 2230 lei în baza Legii 76/2002, salariul conform extras Revisal din data de 17.02.2022 fiind de 2550 lei/lună.

Astfel ofertantul câștigător a răspuns evaziv și parțial, inducând în eroare autoritatea contractantă, cei 0.18 alți agenți și angajatul fiind persoane diferite.

Contestatoarea se întreabă unde sunt evidențiate costurile salariate ale celor 0,18 agenți care prestează cele 365 ore/an.

Convenția nr. 46/01.10.2021 încheiată între Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă Dolj și SC SRL nu poate fi luată în considerare pentru contractului ce se va încheia între autoritatea contractantă și ofertant, întrucât expiră la 30.09.2022.

Rezultă că mențiunea privind costul zero pentru concediul de odihnă aferent personalului înlocuiește agenții de securitate cărora li se acordă ore libere plătite conform art. 126 lit. a) din Codul muncii este falsă, atât ca valoare lunară, cât și ca acoperire în timp pe perioada derulării contractului.

În continuare, se arată că, în cadrul fundamentării propunerii financiare ofertate nu sunt incluse nici cheltuielile aferente serviciilor de monitorizare, cum ar fi, de exemplu: de dispecerat prin care se asigură monitorizarea; costurile cu sisteme alarmare și reparație a acestora; costurile aferente pregătirii/instruirii personalului; intervenția tehnică operativă în cazul unor defecțiuni la sistemul de alarmă aflat la obiectiv etc. Ofertatul câștigător avea obligația de a fundamenta propunerea financiară prin raportare nu doar la salariul minim garantat, ci și la cerințele caietului de sarcini.

Ofertantul a prevăzut la cheltuieli directe suma de 10 lei/lună/post la cele 35 posturile permanente 24h/24h, 8760 ore/an și 4 lei la cheltuieli indirecte.

Se face trimitere la cerințele tehnice și financiare (asigurare) din documentația de atribuire care impuneau în mod evident costuri ce trebuiau luate în calcul de către ofertanți, detaliate, pe larg, în cuprinsul contestației.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatoarea face trimitere la prevederile Legii nr. 31/1990, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 123 din HG nr. 395/2016.

Totodată, invocă practica Consiliului și a instanțelor de judecată, precum și jurisprudența europeană.

Detaliază faptul că a participat la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică sectorială nr. 31/18.05.2020 încheiat cu SA, contract încheiat în urma pronunțării deciziei Consiliului nr., cât și raportul Curții de Conturi a României, înregistrat sub nr. 57459/25.05.2022.

În concluzie, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu a procedat corespunzător, în ceea ce privește procedura în cauză, nu a evaluat corect ofertele, nu a solicitat clarificări suplimentare și nu a stabilit corect ofertantul câștigător, sens în care solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 4668/08.07.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 34240/11.07.2022, a depus punctul de vedere privind contestația, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Autoritatea contractantă prezintă pe scurt modul de derulare a procedurii în cauză, iar în ceea ce privește solicitările contestatoarei, precizează că a pus în aplicare decizia Consiliului nr. 1127/C9/1084/21.05.2022, drept urmare, oferta asocierii SRL - SC SRL a fost respinsă.

Referitor la oferta financiară a SCSRL, comisia de evaluare a analizat legalitatea acesteia, fiind reflectată în procesul-verbal de evaluare nr. 627/ 15.02.2022.

Prin adresa nr. 629/15.02.2022 s-au solicitat ofertantului SC SRL clarificări, iar acesta a răspuns clarificărilor solicitate în SEAP cu semnătură electronică extinsă în data de 17.02.2022, ora 17.06, în termenul precizat, respectiv 17.02.2022.

Ca urmare a solicitării de clarificări nr. 629/15.02.2022 ofertantul a precizat:

"Numărul de 365 ore/an este prestat de către 0,18 agenți de securitate, care rezultă din următorul calcul: 365 zile: 12 luni: 167,333 ore/agent/lună= 0,18 agenți.

Aceștia beneficiază, pentru timpul lucrat, de un număr de CO/lună care rezultă din următorul calcul: 20 zile concediu odihnă/an x 8 ore/zi: 12 luni = 13,333 ore concediu/agent/lună 0,18 agenți 13,333 ore = 2,40 ore concediu/post.

Pentru îndeplinirea contractului sunt folosite 37 de posturi care implică prestarea serviciului în intervalul orelor de noapte. Necesarul de ore pentru asigurarea concediilor personalului folosit în vederea acordării orelor libere angajaților care prestează munca de noapte (2,40 ore concediu/post x 37 posturi).

În cadrul SRL există un post dedicat pentru prestarea acestor ore nominalizat prin decizie internă; persoana care ocupă acest post fiind angajată conform Legii nr. 76/2002, iar pentru aceasta există o convenție încheiată cu, anexată (...) este angajată, în

cadrul SRL, o persoană pentru care societatea nu suportă nicio cheltuială din bugetul propriu.

Prin urmare, nu era posibil ca serviciile prestate de către acest angajat să fie cotate în cadrul propunerii financiare, deoarece societatea beneficiază de aceste servicii fără a înregistra vreun cost pentru acestea. (...) nu este vorba despre o diminuare a tarifului în baza existenței unui sprijin financiar, ci despre faptul că serviciile prestate de respectivul angajat sunt înregistrate cu cost 0 și, ca urmare acestui fapt, nu au fost incluse costuri pentru acestea în propunerea financiară."

Ofertantul a depus:

- convenție nr. 646/01.10.2021 încheiată între și SC SRL din care rezultă ca „Angajatorul încadrează în muncă pe perioadă nedeterminată 1 șomer, în vârstă de peste 45 de ani”
- tabel nominal cu persoanele încadrate în muncă, conform prevederilor art. 85 din Legea 76/2002, în care este nominalizat;
- dispoziția nr. 646/01.10.2021 emisă de în care se menționează: „începând cu data de 01.10.2021 se stabilesc drepturile prevăzute de art. 85 din Legea 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă (...) pentru SC SRL (...) pentru un număr de 1 persoană prevăzută în anexa care face parte integrantă din convenție."
- contract individual de muncă nr. 1469/05.04.2021 pentru din care rezultă faptul că acesta este angajat al SC SRL pentru o perioada nedeterminată;
- extras Revisal pentru;
- decizie nr. 1352/01.10.2021 emisă de SRL, în care se specifică: "**art. 1:** începând cu data de 01.10.2021 salariatul își desfășoară activitatea, conform funcției pe care este încadrat, în toate obiectivele societății, în funcție de necesitățile acesteia; **art. 2:** responsabilul cu planificarea serviciilor va repartiza salariatul acolo unde este necesar, pentru acordarea concediilor de odihnă ale angajaților conform secțiunii D pct. 2 din contractul individual de muncă”.

Față de cele de mai sus, comisia de evaluare a considerat că ofertantul a clarificat și a justificat norma de ore luată în calcul conform dispozițiilor legale și modul de calcul al salariului tarifar orar prin reducerea normei legale.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră critica contestatoarei referitoare la acest aspect ca nefondată, comisia de evaluare a analizat oferta depusă de SRL, cu respectarea deciziei Consiliului nr. 1127/C9/1084/21.05.2022.

În concluzie, solicită respingerea contestației, ca nefondată, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliul sub nr. 34240/11.07.2022.

..... SRL a formulat cererea de intervenție în interes propriu nr. 1378/13.07.2022, înregistrată la Consiliul sub nr. 34955/ 14.07.2022, prin care solicită respingerea contestației, iar pe cale de excepție, respingerea acesteia ca lipsită de interes.

Intervenienta își justifică solicitarea de respingere a contestației, invocând:

- lipsa de interes în promovarea contestației, în partea prin care solicită respingerea ofertei sale ca fiind neconformă și inacceptabilă;
- lipsa de argumente pentru solicitarea de a se reevalua oferta contestatoarei și de a se constata că aceasta nu poate fi respinsă ca fiind neconformă și inacceptabilă;
- lipsa de argumente pentru solicitarea de a reevalua oferta SRL și a se constata că este neconformă și inacceptabilă.

SC SRL – SC SRL a transmis adresa nr. 873/18.07.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 35483/ 18.07.2022, prin care a adus informații legate de un contract încheiat de SRL cu Compania de Apă Oltenia.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 36336/22.07.2022, SC SRL a depus note scrise.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 37315/28.07.2022, SRL a depus concluzii scrise.

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

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *Achiziția de servicii de monitorizare/supraveghere/întreținere/mentenanță sisteme supraveghere video, sisteme de alarmare antiefracție și intervenție cu echipaj rapid, pază umană și transport valori casierii*, cod CPV 79713000-5 *Servicii de pază (Rev.2)*,, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, conform anunțului de participare nr., publicat în SICAP, în data de 10.12.2021. Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de servicii care urmează a se atribui este de 8.424.294,00, fără TVA, criteriul de atribuire este *Cel mai bun raport calitate - preț*, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 17.01.2022, ora 15:00.

În cadrul procedurii a fost depusă anterior contestația nr. 603/11.03.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 13137/14.03.2022, depusă de SRL. Contestația a fost admisă, în parte, prin decizia nr. din 08.04.2022, autoritatea contractantă fiind obligată la reevaluarea ofertei asocierii-.....

De asemenea, a fost depusă contestația nr. 967/06.05.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 23374/09.05.2022, de către aceeași contestatoare, SRL. Contestația a fost admisă, prin decizia nr.

1127/C9/1084 din 31.05.2022, fiind dispusă reevaluarea ofertei asocierii-.....

Nemulțumită de rezultatul procedurii, SRL a înaintat contestația în analiză. Contestatoarea a constituit cautiunea în sumă de 168.485,88 lei, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208205919/1 eliberată de CEC BANK, Unitatea Calea București N1, la data de 06.07.2022.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind declarată câștigătoare, prin raportul procedurii de atribuire nr. 3753/23.06.2022, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes în promovarea contestației în partea care solicită respingerea ofertei depuse de SRL, Consiliul o va analiza ulterior verificării situației ofertei contestatoarei.

Astfel, trecând la analiza contestației, Consiliul constată că SRL este nemulțumită de evaluarea autorității contractante prin care a luate două decizii: una de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și cealaltă de desemnare câștigătoare a procedurii de atribuire a ofertei SRL, urmărind anularea raportului procedurii nr. 3753/23.06.2022, a actelor subsecvente și reevaluarea celor două oferte.

În ceea ce privește decizia autorității contractante de respingere a ofertei contestatoarei ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată următoarele:

Prin Decizia Consiliului nr. 1127/C9/1084/31.05.2022, s-au reținut, între altele:

Prin adresa nr. 500/19.04.2022, ofertanta câștigătoare a formulat răspuns la solicitarea de clarificări mai sus menționată, din care reiese faptul că a aplicat HG nr. 1071/2021, respectiv salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată de 2550 lei și a avut în vedere numărul de ore de 167,333.

Tot din același document reiese faptul că, prin răspunsul de clarificare, a fost majorat numărul de agenți de la 4,36 la 4,54 agenți/post de 24 ore și de la 3,36 la 3,54 agenți pe post de 16/24 h/zi.

Totodată, a fost luată în calcul o normă de 167,333 ore, rândul 2, însă la rândul 4, norma este de 160,63 ore/lună/agent.

Se observă din cele de mai sus că ofertanta nu a justificat utilizarea normei de 167,333 ore inițial și, în aplicarea sporurilor, norma de 160,63 ore, nefiind justificate nici sumele necesare pentru compensarea timpului de noapte, sume rezultate din majorarea numărului de agenți pentru un post.

Ofertanta (asocierea-) a mărit numărul de agenți pe post, la 4,54, respectiv 3,54, iar justificarea sa pentru norma de lucru modificată nu poate fi acceptată.

Cum a arătat și contestatoarea, atât prin contestație, cât și prin punctul de vedere la cerea de intervenție și concluziile scrise, orele libere plătite presupun un cost din partea agenților care înlocuiesc agenții care primesc ora liberă plătită.

Ofertanta nu putea utiliza două norme de lucru, iar explicațiile aduse nu sunt în măsură să acopere erorile constatate.

În cuprinsul contestației, a fost prezentat detaliat modul de calcul, cu luarea în considerare a explicațiilor ofertantului din justificarea transmisă, rezultând însă costuri suplimentare care nu au fost acoperite.

În cererea de intervenție, intervenienta aduce în discuție orele libere plătite, însă acestea trebuiau să se regăsească în norma de lucru fiind plătite pentru personalul care înlocuiește personalul căruia i se acordă orele libere.

Astfel fiind, pe de o parte, ofertanta a modificat propunerea tehnică prin răspunsul la clarificări majorând numărul de agenți de pază ofertați inițial pentru a păstra oferta financiară inițială și conform prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”, autoritatea are obligația de a reevalua oferta în cauză și de a constata incidența art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016. Pe de altă parte, în urma explicațiilor transmise cu adresa nr. 500/19.04.2022, nu a fost justificată diminuarea normei de lucru.

Critica potrivit căreia operatorul câștigător nu a justificat tariful orar este întemeiată, în sensul că, prin răspunsul la clarificări, trebuia să justifice acest tarif orar nu să modifice numărul de agenți pe fiecare post de pază, acțiune ce are ca efect modificarea ofertei tehnice.

În considerarea celor reținute, Consiliul va admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii-

Astfel cum rezultă din cele de mai sus, obligația autorității a fost de a declara oferta contestatoarei inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, aceasta realizând acest aspect în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, fapt ce nu a schimbat decizia de respingere a ofertei.

Conform art. 430 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă (1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident **are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.** (2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și **considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.**

După cum se poate observa din motivarea deciziei Consiliului mai sus redată, în mod clar, s-a stabilit că oferta asocierii- trebuia să i se aplice dispozițiile art. 134 alin. (6) din normele metodologice, oferta sa urmând a fi respinsă.

Autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să pună în aplicare decizia Consiliului, rămasă definitivă, neputând fi readuse în discuție aspecte deja tranșate.

Contrar susținerilor autoarei contestației, achizitoarea nu avea motive să declare oferta admisibilă, pe motiv că anterior considerase

răspunsul la clarificări concludent, câtă vreme Consiliul a decis în mod definitiv că era necesară respingerea ofertei pentru aplicarea dispozițiilor mai sus amintite.

Chiar dacă nu suntem în prezența triplei identități de părți, obiect și cauză, obiectul din prezenta cauză fiind noua comunicare din data de 23.06.2022, prin considerente fiind tranșată chestiunea litigioasă nu se poate repune în discuție motivele de respingere a ofertei.

Astfel fiind, constatând autoritatea lucrului judecat asupra deciziei de respingere a ofertei asocierii-, iar contestația este îndreptată împotriva comunicării nr. 3754/23.06.2022, în care a fost adusă la cunoștință decizia de respingere pe baza celor invocate de Consiliu vor fi respinse, ca nefondate, solicitările contestatoarei de anulare a raportului procedurii, a proceselor-verbale de evaluare, în referire la oferta sa, a comunicării privind rezultatul procedurii transmise acesteia și dispunerea reevaluării ofertei sale.

În privința criticilor aduse ofertei desemnate câștigătoare, aparținând SRL, Consiliul va analiza prioritar excepția lipsei de interes în criticarea ofertei câștigătoare, excepție invocată de intervenientă.

S-au avut în vedere considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit

contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă

încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în

acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul

33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum

și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische

Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C- 355/15, EU:C:2016:988, punctul 29),

indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE,

C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5

aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013,

Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE

(C- 689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă **a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii.** În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într- o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie

să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie

2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

57 *Desigur*, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*

(C- 355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui

ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr- o procedură

de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, **decizia de excludere a ofertantului menționat fusese**

confirmată printr- o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat

înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

58 În schimb, în cauza principală, *Archus* și *Gama* au formulat o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse

definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice. Într- o

asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într- o situație precum cea în discuție în cauza principală – în care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost

prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt –, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

De asemenea, sunt relevante cele reținute în Hotărârea CJUE în cauza C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*:

27 Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să

fie interpretat, în raport cu Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C-100/12,

EU:C:2013:448), în sensul că se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o

procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice **printr-o decizie a**

autorității contractante care a rămas definitivă și care, prin urmare, nu este un ofertant interesat în sensul articolului 2a din această directivă să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

28 În această privință, trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost

prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5

aprilie 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

29 La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), constituia o concretizare a

cerințelor dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în împrejurări în care, în urma unei proceduri de

atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care urmăresc excluderea lor reciprocă. Astfel, într-o asemenea situație, fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

30 Cu toate acestea, situația în discuție în cauza principală se distinge foarte clar de situațiile în discuție în cele două cauze în care au fost pronunțate Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13, EU:C:2016:199).

31 Pe de o parte, ofertele depuse de ofertanții interesați în cauzele în care au fost pronunțate acele două hotărâri nu făcuseră obiectul unei decizii de excludere a autorității contractante, spre deosebire de oferta depusă de grup în cauza principală.

32 Pe de altă parte, în aceste două cauze, fiecare ofertant contesta legalitatea ofertei celuilalt în cadrul uneia și al aceleiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, și

Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24). În schimb,

în prezenta cauză principală, grupul a formulat o cale de atac mai întâi împotriva deciziei de excludere adoptate în privința sa, iar ulterior împotriva deciziei de atribuire a contractului, această a doua procedură fiind cea în cadrul căreia a invocat neregularitatea ofertei adjudecatului.

33 Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și din Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13, EU:C:2016:199), nu este aplicabil situației procedurale și contencioase în

discuție în litigiul principal.

34 Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de

atribuire a unui contract de achiziții publice, **oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la**

soluționarea acestei contestații, deciziile ulterioare care i- ar aduce prejudicii

în ipoteza în care excluderea sa ar fi anulată.

35 În aceste condiții, articolul 1 alineatul (3) din această directivă nu poate fi interpretat în sensul că se opune ca unui ofertant cum este grupul să îi fie refuzat accesul la calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului, în cazul în care acesta trebuie să fie considerat ofertant exclus definitiv în înțelesul articolului 2a alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă.

36 Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie

interpretat în sensul **că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr- o**

procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr- o decizie

rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

În soluționarea excepției lipsei de interes a contestației față de solicitările în referire la oferta câștigătoare, trebuie avută în vedere, prioritar, situația ofertei contestatoarei.

Trebuie avut în vedere că, astfel cum s-a arătat mai sus, se constată caracterul definitiv de respingere a ofertei asocierii-

În consecință, ofertantul fiind exclus definitiv din procedură, suntem în prezența situației din cauza C-355/15, în sensul că *articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul că nu se opune*

ca unui ofertant care a fost exclus dintr- o procedură de atribuire a unui

contract de achiziții publice printr- o decizie rămasă definitivă a autorității

■

contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului.

Deși sunt atacate simultan cele două decizii, de respingere a ofertei sale și de declarare câștigătoare a ofertei SRL, având în vedere existența unei hotărâri definitive de respingere a ofertei contestatoarei, la momentul formulării contestației în cauză, interesul acesteia nu mai subzistă oferta sa fiind respinsă printr-o decizie rămasă definitivă.

Atâta timp cât oferta petentei a fost respinsă în mod definitiv în nicio circumstanță nu poate deveni câștigătoare a procedurii de achiziție publică. Interesul său nu este nici născut și nici actual.

Cu privire la prejudiciu nici această condiție nu este îndeplinită, dat fiind că suntem în prezența contenciosului administrativ special, în care criticile care se aduc cu privire la încălcarea unor prevederi legale pot fi reținute doar dacă au adus o vătămare.

Pentru petentă, vătămarea constă în pierderea șansei de atribuire a contractului. Or, pierderea șansei s-a produs la momentul rămânerii definitive a deciziei de respingere a ofertei sale.

Tot, astfel, *eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice* nu poate fi în interesul contestatoarei, câtă vreme oferta sa a fost respinsă.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge ca lipsită de interes contestația SRL în privința solicitării de reevaluare a ofertei SRL, fiind întemeiată excepția lipsei de interes invocată de intervenientă.

Pentru considerentele expuse este lipsită de interes solicitarea de anulare a întregii proceduri.

Față de cele constatate, va fi admisă cererea de intervenție formulată de SRL.

Pentru aceste motive,
în baza legii și 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 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondate, capetele de cerere referitoare la anularea rezultatului procedurii, în partea ce privește decizia de respingere a ofertei asocierii SRL-..... SRL și de reevaluare a acestei oferte, și, ca lipsite de interes, capetele de cerere privind anularea rezultatului procedurii, în partea ce privește decizia de desemnare câștigătoare a ofertei

SRL și de reevaluare a acestei oferte, și pe cel privind anularea procedurii, în contradictoriu cu

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SRL și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.