Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr.... (comunicată prin e-mail, la data de...), formulată de..., cu sediul social în....., nr...., bl....., Ap...., având CUI... și număr de înregistrare la..., reprezentată legal prin administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr...., emisă de către..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în..., sector....., nr...., în cadrul procedurii proprii organizată în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect „...", cod..., s-a solicitat:

- admiterea contestației în tot și anularea, în parte, a rezultatului procedurii, în ceea ce privește decizia declarării ca admisibilă, conformă și câștigătoare a ofertei depuse de către..., precum și a actelor anterioare si subsecvente acestora, respectiv, a ofertei clasate pe locul II:... și locul III:...;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertelor clasate pe primele trei locuri și ulterior emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile statuate în decizia ce se va pronunța;
- accesul la dosarul achiziției publice, în vederea exercitării efective a dreptului la apărare, precum și încuviințarea depunerii de concluzii scrise după studierea documentelor aflate la dosar, în temeiul art.... din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr.... (comunicată prin e-mail, la data de...)..., cu sediul în..., sector....., nr...., bl....., etaj..., ap...., având... și număr de înregistrare la... J1..., reprezentată legal prin administrator, formulează cerere de intervenție, prin care solicită respingerea, în parte, a contestației formulate de... cu privire la criticile referitoare la oferta... și admiterea, în parte, a contestației, în ceea ce privește criticile formulate împotriva... și....

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

În prealabil, contestatorul precizează că a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice, inclusiv a ofertelor clasate pe locurile 1, 2 și 3, însă, i s-a pus la dispoziție doar oferta depusă de..., motivat de faptul că ofertele depuse de... și... au invocat confidențialitatea ofertei.

Ca prim aspect, indică faptul că ofertantului... i s-a creat un avantaj, autoritatea contractanta permițându-i să depună, prin răspunsul la clarificări nr...., documente pentru subcontractantul propus, în condițiile în care, inițial, a depus doar un acord, iar, prin răspunsul la clarificări a retransmis acordul de subcontractare înregistrat precum și documente pentru subcontractant, respectiv: declarație privind eligibilitatea, declarație privind reglementările obligatorii, licența privind serviciile de paza, licența privind serviciile tehnice și avizul pentru activitatea de monitorizare si intervenție a subcontractantului....

I. Neconformitatea ofertelor clasate pe locul 1, 2 și 3, respectiv..... și... declarate admisibile prin neîndeplinirea cerințelor privind întocmirea propunerii financiare:

a) Fundamentarea economică a ofertelor nu reflectă costurile reale de executare a contractului pe întreaga perioadă contractuală de 24 de luni, fiind întocmită cu încălcarea dispozițiilor art. 164 alin. (21) din Codul muncii privind salariile de încadrare

b) Nerespectarea costurilor obligatorii aferente concediilor de odihnă.

Precizează că, pentru asigurarea continuității prestației, ofertanții trebuiau să prevadă și personalul necesar înlocuirii agenților aflați în concediu:... agenți x 20... * 8 ore/zi * 2 ani=..., 20 ore necesare de acoperit. Cele..., 20 ore trebuie prestate de personal suplimentar. În caz contrar, acestea ar trebui transferate asupra personalului existent, cu depășirea timpului normal de muncă și generarea de muncă suplimentară. Pentru acoperirea acestora este necesar un efectiv suplimentar de:..., 20 ore: 24 luni:... ore/lună/agent=... agenți. Corespunzător celor arătate, ofertanții trebuiau să fundamenteze tariful prin raportare la costurile aferente unui efectiv de minimum... agenți, respectiv:... agenți necesari prestației +... agenți necesari acoperirii concediilor de odihnă=... agenți. Sub aspect financiar, raportând indemnizația anuală aferentă concediului la salariul de bază de..., costul trebuia reflectat în tarif, astfel:... agenți x.../an * 2 ani:... ore= 2.../oră.

Totodată, contestatorul menționează că propunerile financiare ale ofertanților clasați pe locurile I, II si III nu au fost supuse unei verificări reale, efective si complete de către entitatea contractantă, aceasta limitându-se la o analiză formală, fără a verifica dacă toate costurile obligatorii impuse de legislația în vigoare au fost avute în vedere la fundamentarea tarifului ofertat.

c) Nerespectarea costurilor obligatorii care să reflecte respectarea normelor privind cheltuielile legale privind prestația.

Contestatorul susține că, în urma unei fundamentări minimale a tarifului unitar, fără includerea fondului de handicap, a profitului si a cheltuielilor directe/indirecte necesare executării contractului, rezultă faptul că prețul ofertat este subdimensionat si nu poate acoperi, în mod real costurile salariale si operaționale asumate prin documentația de atribuire.

Astfel, fără contribuția aferentă fondului de handicap, cheltuieli directe/indirecte și profit rezultă o valoare de.../oră. În cazul ofertantului clasat pe locul I, tariful de.../oră este inferior chiar costului minimal de.../oră, înainte de includerea oricăror cheltuieli directe, indirecte si a profitului. În cazul ofertanților clasați pe locurile II și III, diferența dintre tariful ofertat de.../oră si costul minimal de.../oră este de numai:...=.../oră. Prin urmare, din numai.../oră ar trebui suportate, cumulat, toate celelalte costuri
necesare executării contractului, precum si profitul operatorului economic.

Raportat la întreaga cantitate de... ore, această diferență reprezintă numai:.../oră x... ore=... pentru întreaga perioadă contractuală de 24 de luni. Rezultă că ofertanții clasați pe locurile II si III ar dispune de numai... pentru doi ani pentru acoperirea tuturor cheltuielilor directe si indirecte neincluse în calculul salarial minimal, precum si pentru realizarea profitului.

Menționează că, în ceea ce privește situația ofertantului clasat pe locul I, tariful de.../oră se situează chiar sub nivelul minimal de.../oră, determinat anterior includerii cheltuielilor operaționale si a profitului.

În ceea ce privește locurile II si III, diferența de numai.../oră, respectiv... pentru întreaga perioadă de 24 de luni, trebuia să determine o verificare concretă a posibilității reale de acoperire a tuturor costurilor suplimentare necesare executării contractului.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, pe suport memory stick, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând respingerea, ca nefondată, a acesteia.

Preliminar, autoritatea contractantă precizează că, pentru asigurarea condiției reglementate referitoare la obligația protejării patrimoniului public aflat în administrare, în cazul imobilului situat în comuna...., prin Norme interne (proprii), consacrate de prevederile O.D.G. nr.... - privind organizarea, desfășurarea și finalizarea Procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică, care au ca obiect prestarea de servicii de pază imobil, a organizat Procedură proprie de atribuire, în scopul încheierii unei Convenții - cadru - înțelegerea scrisă cu o valabilitate de 24 luni.

Corespunzător prevederilor art. 11 din ODG nr...., se reține că inițierea procedurii de achiziție se realizează prin „utilizarea facilităților tehnice puse la dispoziție de operatorul SEAP (...) și prin transmiterea de „Cerere de ofertă de preț", însoțite de documentația de atribuire, prin e-mail, fax, ori prin postarea anunțului pe site-ul instituției".

în acest sens, operatorii economici care au mai avut calitatea de contractant în relația cu ANCPI, în concret... și..., au fost invitați să depună ofertă, inclusiv, prin cerere de ofertă.

Precizează că, ulterior evaluării ofertelor, clasamentul rezultat, este următorul:

Nr. crt	Ofertant	Preț unitar, fără TVA (lei/oră)	Clasament
1	...	...	I
2	...	...	II
3	...	...	III
4	...	...	IV
5	...	...	V
6	...	...	VI
7	...	...	VII
8	...	...	VIII

Menționează faptul că au fost depuse 4 solicitări de acces la dosarul achiziției publice, cazul participanților:..... și....

Evidențiază, de asemenea, faptul că, în categoria participanților la procedură a căror ofertă (inclusiv clarificări ulterioare) a fost declarată/susținută sub regim de confidențialitate a informațiilor, re regăsesc:..... și....

Pe fondul cauzei, cu privire la criticile contestatorului referitoare la ofertantul..., autoritatea contractantă precizează că are obligația documentării complete cu privire la situația juridică, economică ori tehnică a unei oferte, iar din această perspectivă acțiunea în legătură cu solicitarea de clarificare, se constituie într-un instrument sau mecanism procedural reglementat.

Cu privire la criticile contestatorului privind neconformitatea ofertelor clasate pe primele 3 locuri, autoritatea contractată precizează următoarele:

În perioada celor 24 de luni ale înțelegerii scrise, în circumstanțele de modificare ale salariului minim reglementat ori alte modificări legislative, termenii Convenției - cadru urmează sunt actualizați prin ajustare, aspect care rezultă din prevederile art...., respectiv art.... din proiectul de contract.

Corespunzător celor... ore ce fac obiectul înțelegerii scrise în cei 2 ani calendaristici, perioadă care include 34 zile de sărbători legale și 208 zile weekend, ofertanții clasați pe primele locuri au calculat:

a) ...=... agenți/post, propunere tehnică care include rezervă de 0... agenți - pentru compensarea obligației de plată a sporurilor, din expresie financiară, sub formă de timp liber;

b) ...=... agenți/post, propunere tehnică care include rezervă de... agenți - pentru compensarea obligației de plată a sporurilor, din expresie financiară, sub formă de timp liber;

c) ...=... agenți/pază - compensare sub formă de drepturi financiare.

Cu privire la criticile contestatorului referitoare la nerespectarea costurilor obligatorii aferente „concediilor de odihnă”, „sporului de noapte”, ori „sporului de sărbători legale”, din calculul asigurat de ofertanții de pe locurile 1 - 3, se poate constata că respectivele drepturi reglementate de... sunt evidențiate prin intermediul structurile de deviz, cu toate elementele constitutive ale costurilor ce intervin în calcul tarifului unitar al prestației, iar acordarea lor este asigurată, funcție de caz, atât în expresie financiară - sub formă de drepturi salariale și/sau prin timp liber, în baza rezervei de timp prevăzute/alocate de:... agenți/post.

În ceea ce privește celelalte critici generaliste ori de natură globală ale contestatorului, asupra ofertelor clasate pe locurile 1 - 3, în sensul în care, respectivele propuneri nu reflectă „respectarea normelor privind cheltuielile legale privind prestația”, autoritatea contractantă solicită Consiliul să constate următoarele aspecte:

- Contribuțiile pentru fondul de handicap. Întrucât toți cei trei ofertanți reclamați au sub 50 persoane angajate - sporul nu se calculează;
- Devizele ofertanților de pe locurile 1 -3, în cote diferite ale alocațiilor, au prevăzute naturi de cheltuieli directe/indirecte (logistică, telefoane, stații, combustibili, asigurări etc);
- În valori diferite ale alocațiilor, ofertele propuse de..... și..., includ valori ale profitului.

Cu privire la critica asupra nivelului acestui indicator (aparent redusă), consideră că, contestatorul nu este îndreptățit să emită niciun fel de apreciere negativă.

Cu privire la critica potrivit căreia, ofertele clasate pe primele 3 locuri, ar avea un preț neobișnuit de scăzut, autoritatea contractantă precizează că valoarea estimată de autoritatea contractantă a tarifului unitar=..., fără TVA/oră/post, propunerile financiare ale ofertanților clasați pe locurile 1-3, au avut valori cuprinse=..., fără TVA/oră/post (foarte aproape de a contestatorului=..., fără TVA/post), în timp ce caracteristica de preț aparent neobișnuit de scăzut se analizează în situații în care se constată propuneri financiare mai mici de 80% din valoarea estimată, adică prețuri mai mici de..., fără TVA/post.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr.... (comunicată prin e-mail, la data de...)..., formulează cerere de intervenție, prin care solicită cele precizate în partea introductivă a deciziei.

... în calitate de intervenient, precizează că, în fapt în cadrul contestației nr...., la... 9... a elaborat un calcul. Comparând calculația... din propunerea financiară, cu calculația contestatorului, se poate constata că sporurile de noapte, weekend, sărbători legale, indemnizații concedii de odihnă sunt mai mari sau egale decât sporurile calculate de către contestator.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului să admită, în parte, contestația... pentru criticile formulate împotriva... și... și să respingă criticile formulate cu privire la oferta....

Având în vedere documentele depuse de... și..., în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”, precum și raportat la faptul că se solicită „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr..... (pentru...) și adresa nr..... (pentru...), Consiliul le solicită acestora, să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr...., republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

... răspunde prin adresa înregistrată la CNSC sub nr....; de asemenea... răspunde prin adresa înregistrată la CNSC sub nr.... invocând, în susținerea confidențialității ofertelor sale, prevederile legale în domeniul achizițiilor publice.

Prin adresa nr....., Consiliul îi comunică contestatorului, termenul de studiere a dosarului și, implicit, de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de....

Contestatorul transmite concluzii scrise, prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., precizând următoarele:

La data depunerii ofertei... a prezentat numai acordul de subcontractare, fără a depune documentele obligatorii solicitate pentru subcontractant, respectiv: declarația privind eligibilitatea; declarația privind respectarea reglementărilor obligatorii; licența pentru prestarea serviciilor de pază; licența pentru desfășurarea activităților privind sistemele de alarmare împotriva efracției; avizul pentru desfășurarea activității de monitorizare și intervenție. Aceste documente au fost prezentate abia ulterior, prin Răspunsul la clarificări nr...., ocazie cu care a fost retransmis și acordul de subcontractare înregistrat. Arată că, prin răspunsul la clarificări nu s-au lămurit simple informații existente în oferta inițială, ci s-a permis completarea acesteia cu documente obligatorii aferente subcontractantului, care nu fuseseră depuse la termenul-limită, fiind astfel încălcate principiul tratamentului egal și limitele impuse de art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Similar s-a procedat și în cazul ofertantei..., întrucât, acestuia, prin solicitarea nr.... i s-a solicitat prezentarea modului de elaborare a ofertei, cerință care trebuia respectata la data depunerii ofertei, a se vedea, in acest sens, paginile 21-32 din fișierul „7. Solicitări de clarificare si răspunsuri".

În continuare, contestatorul susține neconformitatea ofertelor clasate pe locul 1...., loc 2...., loc 3...., declarate admisibile prin neîndeplinirea cerințelor privind întocmirea propunerii financiare, sens în care, prezintă, pentru fiecare ofertant în parte, calcule privind fundamentarea costurilor salariale.

În replică la concluziile scrise transmise de..... transmite adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., precizând că toate afirmațiile contestatorului sunt neîntemeiate, nefondate și neprobate.

Atașat originalului contestației înregistrată la CNSC sub nr.... contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din data de..., eliberată de..., în cuantum de....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele**:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura proprie, în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect „...".

În cauza care formează obiectul prezentei... (clasat pe locul III) a formulat cererea de intervenție transmisă pe e-mail în data de... înregistrată la CNSC sub nr..... prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta.

Ținând seamă de dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (2) și (3), art. 62, 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză... are calitatea de ofertant clasat pe locul III, iar, cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție iar, în conformitate cu art. 67 din Cpc., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de....

Având în vedere solicitarea contestatorului (**clasat pe locul IV**) de a avea acces la ofertele clasate pe locurile **I și III,** aparținând... și... și ținând seama de faptul că înscrisurile depuse de ambii în cadrul procedurii de atribuire au fost marcate „CONFIDENȚIAL", respectiv pro*punerea tehnic*ă și propunerea financiară, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul, în exercitarea rolului său activ, nu s-a limitat la a lua act de mențiunile declarațiilor de confidențialitate, ci, prin adresele nr..... și nr.6814/.../C1/..., a solicitat acestora să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale", să justifice această încadrare și să dem*onstreze prin o*rice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a

dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

... și... au răspuns prin adresele înregistrate la Consiliu sub nr.... și nr...., arătând că declarația de confidențialitate vizează întreaga ofertă și, în special, propunerea tehnică și financiară, întrucât, sunt specifice proprii modului de organizare a activității din punct de vedere tehnic și financiar, motiv pentru care, au considerat necesar ca acestea să fie incluse în sfera secretului comercial, modalitatea de prestare a serviciilor de pază prezentată în propunerea tehnică reprezintă un rezultat din experiența dobândită în contractele executate până în prezent și că accesul competitorilor săi i-ar prejudicia interesul legitim de a menține secrete informațiile referitoare la relația cu partenerii.

Din analiza răspunsurilor, Consiliul reține că aceste justificări nu sunt de natură a demonstra caracterul confidențial al înscrisurilor declarate ca atare și nici prejudiciul care ar urma să fie produs în urma dezvăluirii lor, deoarece, toate se rezumă la reproducerea definiției legale a secretului comercial și a unor considerente de principiu desprinse din jurisprudența invocată, fără a indica, în concret, care anume informații din cuprinsul ofertelor ar întruni condițiile prevăzute de art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, din ce motive acestea ar dobândi o valoare comercială prin însuși caracterul lor secret și în ce ar consta, efectiv și previzibil, iar nu doar ipotetic, paguba pe care divulgarea lor ar produce-o.

În acest sens, s-a pronunțat și... prin Hotărârea nr. 525/..., pronunțată în dosarul nr...., reținând că restricționarea accesului la dosarul achiziției publice pentru motive de confidențialitate este o excepție de la principiul transparenței procedurii de atribuire și, ca orice excepție, este de strictă interpretare și aplicare, precum și că o declarație de confidențialitate întemeiată exclusiv pe o clauză contractuală „nu este suficientă în sine pentru a dovedi caracterul confidențial al informațiilor din oferta acestui operator economic, cât timp nu se arată, în concret, de ce acele informații sunt confidențiale, dincolo de convenția părților în sensul unei confidențialități de plano”, un raționament contrar presupunând ca, prin simplul acord de voință al părților unui contract de prestare a unor servicii ce urmează a fi ofertate într-o procedură de atribuire, să fie golite de conținut dispozițiile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și să fie anihilat dreptul celorlalți participanți la o cale de atac efectivă, inclusiv la documentele privind justificarea prețurilor.

Rezultă astfel că, accesul ofertanților la dosarul achiziției publice constituie regula, iar, restricționarea reprezintă excepția, aceasta din urmă fiind posibilă numai cu privire la informații din propunerile tehnice, din propunerile financiare și din fundamentările sau justificările de preț ori de cost, singurele categorii pe care legiuitorul le-a avut în vedere, astfel încât documentele de calificare rămân, din start, în afara sferei înscrisurilor la care poate fi restricționat accesul pe motiv de confidențialitate, oricare ar fi mențiunile declarației depuse de ofertant.

Consiliul/autoritatea contractantă nu are opțiunea de a acorda sau de a refuza accesul ofertanților la dosarul achiziției publice, ci are obligația de a asigura accesul neîngrădit la informațiile pentru care caracterul confidențial nu a fost dovedit, ca efect al principiului transparenței consacrat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, restricționarea accesului pe motive de confidențialitate constituind o excepție de la acest principiu și, ca orice excepție, fiind de strictă interpretare și aplicare, cu atât mai mult cu cât, în același sens, Curtea de Justiție a... a statuat, în cauza C-927/..., că oferta, privită în ansamblul său, nu poate fi considerată confidențială, operatorul economic având doar posibilitatea de a indica anumite informații ca fiind confidențiale, iar, cererea sa motivată rămâne supusă deciziei ulterioare a autorității contractante și, eventual, a organismului care controlează deciziile acesteia.

Consiliul mai reține că, potrivit art. 57 alin. (1) teza a doua din Legea nr. 98/2016, *„Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/ informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”*..., potrivit alin. (4) teza a doua al aceluiași articol, informațiile indicate ca fiind confidențiale „trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”, normă care fixează, deopotrivă natura cerinței și momentul la care aceasta trebuie îndeplinită, respectiv la depunerea ofertei, astfel încât dovada caracterului confidențial să devină parte a ofertei.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul a pus la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, documentele aflate la dosarul constituit la Consiliu, motiv pentru care, urmează a respinge, ca rămase fără obiect, criticile privind accesul neîngrădit la documentele aferente ofertelor clasate pe locurile II și III.

Procedând la analiza contestației, se reține, în prealabil, că, procedura a fost organizată de autoritatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 111 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, care dispun că: *„Procedura de atribuire prevăzută la art. 68 alin. (1) lit. h), aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice prevăzute în anexa nr...., **este o procedură proprie**, autoritatea contractantă având obligația respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)” coroborat cu art. 1 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora „În procesul de realizare a achizițiilor publice orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, denumită în continuare Lege*”, motiv pentru care, Consiliul va analiza, în cele ce urmează, aspectele criticate de... în prezenta contestație prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire, cât și la principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, se reține că... (ofertant clasat pe locul IV) critică modul de evaluare a ofertelor clasate înaintea sa, respectiv:... (locul I)... (locul II) și... (clasat pe locul III), apreciind că acestea trebuiau respinse, ca neconforme, deoarece, propunerile financiare sunt neobișnuit de scăzute care nu sunt sustenabile și autoritatea contractantă nu a procedat la solicitarea de justificare respectiv verificare a sustenabilității prețului, motiv pentru care, Consiliul va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire, cât și la legislația specifică în materie.

Analizând, mai întâi, criticile privind propunerea financiară a... (clasat pe locul III), se reține că prețul total ofertat de acesta a fost de... și un tarif unitar de.../oră în comparație c**u... (ofertan**t clasat pe locul IV) care a oferta un preț total de... și un tarif unitar de.../oră, diferența dintre cei doi fiind de doar.../oră.

... n**r. 146 din... pentru stabilirea salariului de b**ază minim brut pe tara garantat în plată, s-a stipulat că:

„Art. 1. - Începând cu data de..., salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, prevăzut la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de... lunar, pentru un program normal de lucru în medie de... ore pe lună, reprezentând 25.../oră."

Consiliul reține că, în condițiile în care propunerea financiară a... (clasat pe locul III), nu reprezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi prestat, (astfel cum stipulează art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016), deoarece, reprezintă mai mult de 80% din valoarea estimată a contractului, respectiv 9**0%, precum și** faptul că tariful unitar este peste tariful minim garantat în plată, autoritatea contractantă, în etapa de analiză a fundamentării propunerilor financiare, nu avea obligația să procedeze la solicitarea de clarificări și să evalueze informațiile și documentele furnizate de respectivul ofertant.

Nu este lipsit de relevanță faptul că, deși, contestatorul face presupuneri cu privire la propunerea financiară a ofertei aparținând..., susținând caracterul neobișnuit de scăzut a acesteia, Consiliul reține că... a ofertat un tarif unitar mai mare decât oferta criticată, cu doar....., susținerile acestu**ia sunt, în esenț**ă, bazate pe presupuneri și pe anumite calcule proprii ale acestuia, fără, însă, a arăta în concret în ce măsură ar fi greșite elementele de preț avute în vedere și indicate în fundamentarea prețului ofertat.

Simpla declarație a contestatorului privind presupusa lipsă a unor elemente de cost, în lipsa indicării acestora și a oricărei probe, nu este suficientă pentru a demonstra caracterul neconform al unei oferte, acesta, cu atât mai mult cu cât, autoritatea contractantă în cadrul procedurii nu a impus ofertanților detalierea/structurarea cheltuielilor directe și indirecte pe care le implică execuția contractului în cauză.

Scopul obligației de motivare, prin raportare la date concrete, este acela de a arăta Consiliului, în calitate de organism administrativ-

jurisdicțional, în speță sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru soluționarea contestației și, totodată, explicațiile pentru care drepturile contestatorului au fost lezate prin conduita presupus nelegală a autorității contractante.

Cu alte cuvinte, nu este totuna a afirma încălcarea dreptului cu a prezenta argumentele pentru care se susține că dreptul a fost încălcat; simplele presupuneri nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia criticilor rămase la nivel declarativ.

Contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, în fapt și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității, potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării; altminteri, soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil, în condițiile actualei legislații.

În aceste condiții, Consiliul precizează că, în conformitate cu art. 12 alin. (1) Cpc., *„(1) Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți";* or, în cazul de față, contestatorul nu a ținut cont de aceste prevederi în formularea criticilor în discuție.

Astfel, Consiliul subliniază faptul că, raportat la prevederile legale reglementate, contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, printre care tocmai motivarea, în fapt și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia, judecata are loc în limitele sesizării, precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, altminteri, soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare ***„in integrum"*** a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții, pornind de la premisa că în cursul soluționării contestației, Consiliul va găsi/identifica o presupusă neconformitate.

Altfel spus, în susținerea contestației, avea obligația, pe de-o parte, de a indica în concret elementele de preț ce nu au fost respectate în constituirea prețului ofertat și, pe de altă parte, de a proba caracterul nesustenabil și nereal al tarifelor criticate, fiind pe deplin aplicabile, în acest caz, prevederile art. 249 c.p.c, potrivit cărora: ***„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege"***.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat"*.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține, în soluționare, faptul că literatura juridică, dar și practica judiciară, au statuat că, în cadrul procesului civil, sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță, între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului, care, potrivit art. 254 alin. (5) C.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare, chiar dacă părțile se împotrivesc.

Nu este lipsit de relevanță faptul că, deși, contestatorul a avut acces la dosarul achiziției publice constituit la Consiliu, aceasta nu a profitat de oportunitatea de a veni în urma studierii dosarului, de a indica pe calea concluziilor scrise, cu prezentarea punctuală a criticilor cu privire la neconformitatea ofertelor criticate și a probelor pe care se bazează; altfel spus, în susținerea contestației, avea obligația de a indica, în concret, elementele de neconformitate sau inacceptabilitate, în raport cu cerințele documentației de atribuire, fiind pe deplin aplicabile, în acest caz, prevederile art. 249 C.p.c, potrivit cărora: *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.*

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale. Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece, dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar, adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să indice și să dovedească/probeze pe de-o parte că elementele de cost invocate nu au fost incluse, iar, pe de altă parte, să demonstreze caracterul nesustenabil și nereal al ofertelor criticate.

În ceea ce privește modul pretins nelegal de evaluare a ofertelor... și... clasate pe locurile I și II, Consiliul reține că, atâta vreme cât, din cauza motivelor antemenționate, nu poate fi înlăturat caracterul nefondat al criticilor îndreptate împotriva ofertantului clasat pe locul III, acesta nu are niciun interes în contestarea și a ofertanților... și..., întrucât, indiferent de caracterul întemeiat sau nu al acestor critici, situația contestatorului în cadrul procedurii rămâne aceeași, respectiv, nu poate accede la calitatea de ofertant desemnat câștigător și nici nu poate obține anularea procedurii în cauză.

În soluționare, Consiliul va reține prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un*

act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim (...)".

Totodată, Consiliul reține că, potrivit art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, sintagma *„persoană care se consideră vătămată" este definită ca fiind „orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire" iar potrivit alin. (2) și (3) ale aceleiași norme juridice, „(2) Termenii și expresiile definite la alin. (1) se completează în mod corespunzător cu termenii și expresiile definite în legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale, respectiv legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz" și „(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac".

Față de aceste aspecte, rezultă, *„ipso facto"*, că persoana care formulează o contestație, deci, care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel, interesul este folosul practic, imediat, pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației. Cu alte cuvinte, procedura judiciară nu trebuie să fie pusă în mișcare dacă nu aduce părții un avantaj legal și urmărește doar șicanarea părții adverse.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească, cumulativ, anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct, adică, folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestației să aparțină celui care recurge la formularea acesteia și să fie născut și actual, deci, să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece, rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că, prin declanșarea procedurii de soluționare a contestației, nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și, deci, nici interesul colectiv, deoarece, cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu ale acțiunii de a contesta.

Printr-un demers în justiție, trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvgardarea legii în....

De asemenea, Consiliul reține faptul că în literatura de specialitate se precizează că interesul procesual este actual, în sensul că dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel, rezultă că un interes eventual ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge, ca lipsite de interes, criticile din contestația formulată de... referitoare la oferta clasată pe locul I și II deoarece, o eventuală obligare a autorității contractante la reevaluarea acestor oferte nu ar avea nicio influență asupra rezultatului procedurii, situația acestuia din urmă rămânând aceeași (ofertă necâștigătoare) și nici nu ar putea obține anularea procedurii în cauză.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus iterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016..., ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu..., pe cale de consecință, să admită cererea de intervenție formulată de....

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu..., pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de...

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare ... Consilier de soluționare
... ...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 5 (cinci) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini