



NR. 25017/16-11-2023

CABINET DE AVOCAT DRAGOS SARIVAN

Constanța str. Răscoala 1907 nr. 27 ap. 4
Tel. : 0727/701677
Tel. : 0241/581120
e-mail : sarivan@societateadeavocati.ro

Către,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

Spre știință :
Compania Națională Administrația Canalelor Navigabile S.A.

Referitor : procedură de atribuire a contractului de achiziție sectorială servicii de pază civilă fixă și pază prin patrulare auto la obiectivele C.N. A.C.N. S.A. ; anunț publicitar nr. ADV1383129 / 07.09.2023

Stimați domni.

Subscrisa

..., cu sediul social în mun. Constanța, județ Constanța, înregistrată la ORC de pe lângă Tribunalul Constanța sub nr. ... CUI 9948144, reprezentată legal prin d-nul inç ... - Administrator și convențional prin avocat Dragoș Sarivan, formulăm și vă înaintăm, în considerarea dispozițiilor consacrate de art. 8, 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, prezenta

CONTESTAȚIE

I) Entitatea contractantă .

Compania Națională Administrația Canalelor Navigabile S.A cu sediul în loc. Agigea, str. Ecluzei, nr. 1, jud. Constanța .

II) Denumirea contractului de achiziție publică .

"Servicii de pază fixă civilă și pază prin patrulare auto la obiectivele CN A.C.N. S.A. ."

III) Obiectul contestației .

1. Adresa de comunicare a rezultatului procedurii înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 24073 / 07.11.2023 .

2. Raportul procedurii înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 24070 / 07.11.2023 .

3. Procesul verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 22046 / 16.10.2023,

4. Procesul verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 22765 / 24.10.2023,

5. Decizia entității contractante de desemnare a ofertei depusă de Asocieria ... ty S.R.L. - ... S.R.L. drept câștigătoare .

6. Decizia entității contractante de a declara oferta depusă de AsocieriaR.L. - ; ... m S.R.L. drept acceptabilă, conformă și admisibilă .

7. Toate actele subsecvente Raportului procedurii înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 24070 / 07.11.2023 .

IV) Solicităm ca prin decizia ce o veti pronunța să dispuneți :

1. Anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 24073 / 07.11.2023 .

2. Anularea Raportului procedurii înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 24070 / 07.11.2023 .

3. Anularea Procesului verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 22046 / 16.10.2023,

4. Anularea Procesului verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 22765 / 24.10.2023,

5. Anularea deciziei entității contractante de desemnare a ofertei depusă de Asocieria 1 R.L. - ; 1 S.R.L. drept câștigătoare .

6. Anularea decizia entității contractante de a declara oferta depusă de Asocieria S.R.L. - em S.R.L. drept acceptabilă, conformă și admisibilă .

7. Anularea tuturor actelor subsecvente Raportului procedurii înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 24070 / 07.11.2023 .

8. Obligarea entității contractante la continuarea procedurii cu emiterea unui nou rezultat al acesteia .

V) Motive de fapt .

Prin intermediul anunțului de participare ADV1383129 / 07.09.2023 entitatea contractantă a inițiat procedura de atribuire a contractului sectorial de achiziție publică servicii servicii de pază fixă civilă și pază prin patrulare auto la obiectivele proprii .

Ulterior finalizării analizei ofertelor depuse comisia de evaluare a procedat la întocmirea Raportului procedurii în cuprinsul căruia, în mod incorect după cum vom arăta în continuare, s-a reținut că oferta depusă de către Asocieria S.R.L. ar fi una acceptabilă, conformă și admisibilă și că ar îndeplini cumulativ toate cerințele din documentația de atribuire și, pe cale de consecință, dând relevanță criteriului de departajare a ofertelor financiare, s-a stabilit că oferta depusă de acest ofertant este cea câștigătoare a procedurii .

Atunci când susținem că în mod incorect s-a stabilit de către comisia de evaluare în sensul că oferta depusă de Asocieria R.L. - S.R.L. ar fi acceptabilă, conformă și admisibilă, avem în vedere după cum urmează :

Primo

Potrivit documentației de atribuire (Cap. I, fila 4 Caiet de sarcini) entitatea contractantă a impus ca serviciile ce fac obiectul procedurii să fie asigurate pentru un număr total de 30 de posturi cu program 24 / 24, din care :

- 23 de posturi de pază fixe,
- 1 post de șef de tură,
- 6 posturi de pază prin patrulare cu autovehicule .

Potrivit Acordului de asociere nr. _____ intervenit între
R.L. și _____ m S.R.L., s-a stabilit în sensul
că :

- asociatul _____ .L. va îndeplini un procent de 91% contract
(serviciul de monitorizare a evenimentelor prin dispecerat avizat, precum și
intervenția rapidă a echipajelor din Anexa 1B pentru locațiile unde se află obiectivele,
serviciul de pază umană fixă, serviciile de pază prin patrulare auto, control și
intervenție),

- asociatul _____ ms S.R.L. va îndeplini un procent de 9% din
contract (serviciile de pază prin patrulare auto) .

Dintr-un simplu calcul matematic ($6 \times 100 / 30$) rezultă că serviciile de pază
prin patrulare cu autovehicule reprezintă un procent de 20% din totalul serviciilor ce
fac obiectul procedurii inițiate de entitatea contractantă .

Or, s-ar fi impus ca entitatea contractantă să solicite clarificări sub acest aspect și
aceasta dat fiind faptul că, văzând modalitatea mai mult decât deficitară în care cei
doi asociați au înțeles a-și atribui procentele de participare la aducerea la îndeplinire
a serviciilor de pază prin patrulare auto conform acordului de asociere, procentul
asumat de asociatul _____ ems S.R.L. (9% din total posturi)
presupune că acesta va aloca agenți de securitate pentru un număr de 2,7 (???)
posturi de pază prin patrulare cu autovehicule ($9 \times 30 / 100$), ceea ce în mod evident
este imposibil .

Secundo

Potrivit documentației de atribuire (Cap. 4, alin. 2 – Cerințe, pct. 2 Caiet de
sarcini) entitatea achizitoare a impus ofertanților obligația de a face dovada dreptului
de a opera cu echipaje mobile de intervenție (conform Legii nr. 333 / 2003 și
Normelor de aplicare a acesteia) în localitățile în care se află obiectivele ce-i aparțin :
Agigea, Cumpăna, Cernavodă, Ovidiu, Năvodari, Mamaia Sat, port Luminița (Corbu),
Medgidia, Murfatlar, Poarta Albă .

Potrivit Acordului de asociere nr. _____ intervenit între
R.L. și _____ S.R.L., s-a stabilit în sensul
că asociatul _____ .R.L. va executa, printre altele, serviciul de
monitorizare a evenimentelor prin dispecerat avizat, precum și intervenția rapidă a
echipajelor din Anexa 1B pentru locațiile unde se află obiectivele entității achizitoare.

Din simpla lecturare a Anexei 1B – *Disponerea echipajelor de intervenție* la
avizul emis de Inspectoratul General al Poliției Române pentru dispeceratul operat de
R.L. nr. 290.719 / S3 / C.P. din 28.11.2019 se poate lesne
observa că acest ofertant nu este autorizat a asigura serviciile de monitorizare și
intervenție rapidă cu echipaje mobile în două dintre localitățile în care se găsesc
obiective ale entității contractante, respectiv Cumpăna și Corbu .

Tertio

Potrivit documentației de atribuire (art. IV.5.1 Caiet de sarcini, pct. 1, liniuța 2)
entitatea achizitoare a impus ofertanților obligația de a face dovada faptului că 18
agenți de securitate dețin permise de conducere pentru autovehicule .

Potrivit Acordului de asociere nr. _____ intervenit între
R.L. și _____ m S.R.L., s-a stabilit în sensul
că asociatul _____ ems S.R.L. va îndeplini un procent de 9% din
contract (serviciile de pază prin patrulare auto) .

Dată fiind mențiunea de la fila 3 a Procesului verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 22765 / 24.10.2023, atât cât se poate decela din varianta anonimată ce ne-a fost pusă la dispoziție de către entitatea contractantă, s-ar deduce că asocierea a făcut dovada faptului că un număr de 18 agenți de securitate dețin permise de conducere însă toți aceștia sunt angajații S.L. în condițiile în care, după cum am arătat *supra*, conform acordului de asociere, mare parte din serviciile de pază prin patrulare cu autovehicule se presupune că vor fi efectuate de S.R.L. cu angajații proprii.

Quarto

Conform documentației de atribuire entitatea contractantă a statuat în sensul că ofertanții trebuie să facă dovada deținerii unei polițe de asigurare de răspundere civilă în valoare (sumă asigurată) de minim 2.000.000 lei [Cap. 7, lit. b) Caiet de sarcini] .

În dovedirea îndeplinirii acestei cerințe S.L. a depus o astfel de poliță de asigurare, pentru asociatul S.R.L. care conform acordului de asociere va executa 9% din serviciile contractate, respectiv activitate de patrulare cu autoturisme, nefiind nepusă nicio astfel de poliță de răspundere civilă .

Este evident că nu se poate vorbi nicidecum despre o iluzorie aplicabilitate a prevederilor art. 199, alin. (1) din Legea nr. 99 / 2016, conform cu care *"În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, precum și cele privind situația economică și financiară, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar entitatea contractantă poate solicita ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului sectorial/acordului-cadru."* și aceasta motivat după cum urmează :

- polița de asigurare nu se circumscrie nicidecum *criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională*, nefiind un astfel de criteriu, așa cum sunt acestea prevăzute de Ordinul Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509 / 2011,

- în lumina prevederilor art. 2.223, alin. 1 Cod civil, conform cu care *"În cazul asigurării de răspundere civilă, asigurătorul se obligă să plătească o despăgubire pentru prejudiciul de care asiguratul răspunde potrivit legii față de terțele persoane prejudiciate și pentru cheltuielile făcute de asigurat în procesul civil."*, răspunderea civilă pentru pagubele provocate autorității contractante este una eminentamente personală a fiecăruia dintre cei doi membri ai Asocierii, fiecare dintre aceștia răspunzând în nume propriu sau pentru prejudiciile cauzate numai de prepușii proprii.

Astfel, văzând Acordul de asociere nr. 8851 / 21.09.2023 în care sunt precizate participațiile fiecăruia dintre cei doi asociați la aducerea la îndeplinire a contractului de achiziție sectorială (91% de către S.L. și 9% de către S.R.L.), în situația în care entitatea contractantă va înregistra un prejudiciu pentru care se va reține în mod exclusiv răspunderea civilă a S.R.L. sau a prepușilor acesteia, în lumina dispozițiilor art. 2.224, alin. (2) Cod civil conform cu care *"Asigurătorul poate fi chemat în judecată de persoanele păgubite în limitele obligațiilor ce îi revin acestuia din contractul de asigurare."*, este de o evidență dezarmantă că asigurătorul

S.R.L. nu va achita niciun fel de despăgubire pentru prejudiciile provocate entității achizitoare de în S.R.L. sau de către prepușii acesteia atât timp cât, conform principiului *pacta sunt servanda* transpus în dispozițiile art. 1.270, alin. (1) Cod civil, coroborate cu prevederile art. 2.199, alin. (1) din același Cod, contractul de asigurare produce efecte numai între R.L. și asiguratorul său .

În egală măsură, nu se poate susține nicidecum în sensul că ne-am regăsi în ipoteza dispozițiilor art. 3, alin. (1), lit. ii) din Legea nr. 99 / 2016 în sensul că Asocieria ar deține calitatea de operator economic motiv pentru care s-ar putea spune că prejudiciile cauzate autorității contractante de prepușii S.R.L. ar fi acoperite de polița de asigurare deținută de S.R.L. .

O astfel de susținere nu ar putea fi decât rezultatul unei confuzii depline și împardonabile în sensul că, pe de o parte, în accepțiunea Legii nr. 99 / 2016 asocieria temporară formată între două ori mai multe entități nu determină nicidecum formarea unei noi persoane juridice care să poată răspunde în nume propriu pentru prejudiciile suferite de entitatea contractantă, aspect precizat de altfel în mod expres și în cuprinsul art. 2.3 din Acordul de asociere nr. 0001 / 21.09.2023 și, pe de altă parte, răspunderea membrilor Asocierii pentru prejudiciile provocate de prepușii proprii este una eminentamente personală a fiecăruia dintre acestea .

În același timp, de reținut ar fi și faptul că nu există nicio prevedere legală sau contractuală din care să rezulte că asiguratorul R.L. și-ar asuma plata de despăgubiri pentru prejudicii cauzate de prepușii S.R.L. ; o atare prevedere nici nu ar putea exista dată fiind răspunderea contractuală a acestui asigurator și condițiile în care a înțeles să emită polița de asigurare asumându-și astfel plata de despăgubiri în cazul apariției unei situații circumscrise riscurilor asigurate .

În același timp, nu se poate susține că prin contractul de achiziție sectorială entitatea contractantă poate impune ca răspunderea să fie solidară iar Asocieria să răspundă pentru pagubele produse de prepușii oricărui dintre cei doi asociați și aceasta pentru simplul motiv că dispozițiile art. 1.373 Cod civil sunt mai presus de orice interpretare, indiferent de cât de rău-voitoare și malițioasă s-ar dori a fi aceasta .

La fel de bine, o eventuală evocare a dispozițiilor art. 1.444 Cod civil ar fi una cel puțin nefericită, ba chiar de-a dreptul rizibilă, legiuitorul, atunci când a edictat acest text, având în vedere, după cum de altfel se și precizează în mod expres în cuprinsul său, că există solidaritate chiar dacă debitorii sunt obligați sub modalități diferite, modalitățile obligațiilor fiind cele reglementate de art. 1.396 – 1.398 Cod civil .

Aceleași susțineri ar friza absurdul și dacă ne aplecăm asupra prevederilor art. 1.445 Cod civil : *"Solidaritatea dintre debitori nu se prezumă. Ea nu există decât atunci când este stipulată expres de părți ori este prevăzută de lege."* Ori, după cum este lesne de observat, în cuprinsul Acordului de asociere nu se regăsește nicio prevedere expresă care să statueze în sensul existenței unei eventuale răspunderi civile solidară a celor doi membrii pentru prejudiciile provocate entității contractante și, pe cale de consecință, a susține existența unei astfel de răspunderi solidară se subsumează unui penibil juridic .

Totodată, relevante în cauză sunt și dispozițiile art. 188, alin. (1) și (2) din Legea nr. 99 / 2016, conform cu care :

"(1) Entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire cerințe privind situația economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru, și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.

(2) Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de entitatea contractantă pot viza elemente cum ar fi:

*.....
c) un nivel corespunzător al asigurării de risc profesional."*

În raport de cele de mai sus rezultă cu suficientă că sub acest aspect, oferta tehnică a Asocierii a fost apreciată în mod cu totul eronat de către comisia de evaluare ca fiind una conformă în condițiile în care ne regăsim pe deplin în ipoteza reglementată de art. 143, alin. (3), lit. a) din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 394 / 2016 (*oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*).

Quinto

Entitatea contractantă a solicitat prezentarea unui extras din Revisal cu personalul alocat derulării contractului, obligație adusă la îndeplinire numai de către S.R.L. cu toate că, având în vedere existența Acordului de asociere, o solicitare în acest sens se impunea a fi transmisă și cu privire la personalul pe care asociatul S.R.L. înțelege să îl desemneze pentru aducerea la îndeplinire a acelei părți din obiectul contractului pe care și-a asumat-o, anume paza prin patrulare cu autovehicule.

Prezentarea de către S.R.L. a unui extras din Revisal era mai mult decât necesară și spunem aceasta dat fiind faptul că acest asociat / ofertant operează pe raza județului Ilfov având un singur punct de lucru declarat, respectiv în mun. București, situație în raport de care s-ar fi impus ca onorata comisie de evaluare, după prezentarea extrasului din Revisal, să verifice dacă persoanele nominalizate au domiciliul pe raza județului Constanța iar în cazul în care acestea domiciliază în afara acestei unități administrativ - teritoriale să constate că ne regăsim în ipoteza dispozițiilor art. 45 din Codul muncii, situație ce atrage după sine o serie de costuri suplimentare pentru angajator [46, alin. 4) Codul muncii], așa cum sunt acestea stabilite, la un nivel minimal, prin art. 1, alin. (1) și (2) din Anexa la H.G. nr. 714 / 2018 :

(1) Persoana delegată într-o localitate situată la o distanță cuprinsă între 5 și 50 km de localitatea în care își are locul permanent de muncă beneficiază de o indemnizație de delegare, în cuantum de 20 lei/zi, indiferent de funcția pe care o îndeplinește și de autoritatea sau instituția publică în care își desfășoară activitatea.

(2) Persoana delegată într-o localitate situată la o distanță mai mare de 50 km de localitatea în care își are locul permanent de muncă și care nu se poate înapoia la sfârșitul zilei de lucru beneficiază de o alocație zilnică de delegare compusă din :

a) o indemnizație de delegare, în cuantum de 20 lei/zi, indiferent de funcția pe care o îndeplinește și de autoritatea sau instituția publică în care își desfășoară activitatea;

b) o alocație de cazare, în cuantum 230 lei/zi, în limita căreia trebuie să își acopere cheltuielile de cazare.

Credem că nu este de prisos să spunem că aceste costuri nu au fost avute în vedere la stabilirea valorii ofertei financiare și influențează mai mult decât semnificativ valoarea ofertei financiare depuse de Asocierie .

Sexto

În stabilirea valorii ofertei financiare cei doi asociați s-a prevalat de prevederile Legii nr. 448 / 2006 în sensul că, susținând că au angajate persoane cu dizabilități într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de angajați, nu le sunt aplicabile prevederile art. 78, alin. (3) din actul normativ, mai exact nu achită către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap .

În condițiile în care :

- conform Acordului de asociere 9% din serviciile ce vor face obiectul contractului vor fi aduse la îndeplinire a numai de către angajații

- toate persoanele pentru care au fost depuse certificate de încadrare în grad de handicap sunt angajații una dintre aceste persoane nefiind angajatul

n S.R.L.,
efectuând o verificare judicioasă și completă a documentației depuse, comisia de evaluare ar fi fost în măsură a observa evidența anume faptul că, după cum rezultă din devizul justificativ agent de patrulare post permanent 24 / 24, tariful orar pentru serviciile ce se vor presta de n S.R.L. a fost diminuat în condițiile în care singurul asociat care beneficiază de facilitatea recunoscută de legiuitor este .R.L., pentru :m S.R.L. nefăcându-se dovada că ar avea angajate persoane cu dizabilități și, pe cale de consecință, ar beneficia, la rândul său, de facilitatea oferită de legiuitor.

Or, în aceste condiții, apare ca mai mult decât evident faptul că oferta financiară este una nereală (a se citi "înșelătoare"), costurile totale angajate de asociere pentru serviciile de patrulare cu autovehicule executate de : impunându-se a fi majorate și adaptate în consecință .

Trebuie reținut faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel nu pot propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate în concret pe toată perioada de derulare a contractului .

În încercarea de a oferta un preț cât mai scăzut, operatorii economici nu pot face reduceri de cheltuieli în baza unor simple prezumții, a unor situații a căror apariție în viitor este una eminentemente incertă și aceasta deoarece în orice moment oricare dintre contractele de muncă încheiate cu persoanele cu dizabilități poate înceta din diverse cauze și, pe cale de consecință, nici asociatul Transguard nu va mai beneficia de facilitatea oferită de legiuitor .

Din însăși definiția legală a contractului de achiziție publică, art. 3, alin. (1), lit. l) din Legea nr. 99/2016 coroborată cu dispozițiile art. 1.172 Cod Civil, care reglementează contractul oneros, se desprind caracterelor juridice ale acestuia, între care și acela de contract patrimonial (conținutul său este evaluabil în bani) cu titlu oneros, respectiv fiecare dintre părți urmărește un folos, o contraprestație. Un contract în care furnizorul, prestatorul sau executantul oferă anumite servicii în mod gratuit nu este de achiziție publică, ci are altă natură (donație, comodat, sponsorizare, mecenat, voluntariat etc.) .

Ținând cont de cele de mai sus, entitatea contractantă avea obligația de a verifica dacă ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare și care s-a

prevalat de o astfel de facilitate a ținut cont în elaborarea propunerii financiare aferente contractului cadru de prestări servicii ce a făcut obiectul procedurii de toate prevederile legale deoarece trebuie avut în vedere și faptul că tipul/felul contractului de servicii în speță este un contract de servicii cu executare succesivă ceea ce implică executarea prestațiilor/serviciilor într-o perioadă lungă de timp și nu este un contract cu executare „*uno actu*” și nu de a desemna oferta, în mod automat, drept conformă și admisibilă .

În lipsa unor justificări concludente asupra fundamentării tarifelor ofertate, oferta declarată câștigătoare nu putea fi declarată admisibilă .

Ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă elementul esențial al propunerii tehnice și financiare a cărei realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmat de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante. Or, este împotriva logicii a accepta ofertarea unui tarif pentru un contract care se va implementa în viitor având la bază costuri care nu vor putea fi respectate .

În dovedirea celor susținute mai sus înțelegem să ne folosim de proba cu înscrisuri anexate .

Vă înaintăm alăturat :

- împuternicire avocațială,
- dovada consemnării cauțiunii la nivelul sumei de 131.676 lei, respectiv 2% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică (6.583.783,68 lei, fără TVA), recipisa nr. 209689874 / 1 din 14.11.2023 emisă de CEC Bank S.A., în original,
- dovada comunicării prezentei contestații și către entitatea contractantă, în considerarea prevederilor art. 16, alin. (1) din Legea nr. 101 / 2016 .

prin
avocat Dragoș Sarivan

