CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 139/C5/2640
Data: 20.01.2021

Prin contestația nr. 1028/23.11.2020, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 52277/26.11.2020 și, respectiv, sub nr. 52908/02.12.2020, ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator a contestat adresa nr. 6366/17.11.2020, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază și protecție pentru Primăria și Școala Butimanu – 2 posturi fixe permanente”, cod CPV 79713000-5 (Rev. 2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., str. ... și a solicitat:

„1. Admiterea (...) contestației (...);

2. Anularea adresei nr. 6366/17.11.2020 (...);

3. Obligarea autorității contractante să dispună măsurile de remediere în vederea restabilirii legalității (...) prin raportare la prevederile în vigoare în materia achizițiilor publice și în conformitate cu prevederile legale referitoare la respectarea obligațiilor salariale de plată care sunt în sarcina oricărui angajator și declararea câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea criteriului de atribuire; (...)”.

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

În susținerea contestației, ... SRL a precizat faptul că, în urma studierii documentelor de calificare, depuse în procedură de ofertantul ..., documente puse la dispoziție de autoritatea contractantă, a observat că în Acordul de subcontractare nr. 600/04.06.2020, este

menționat un procent de subcontractare de 1% din valoarea ofertată, fără a se indica, însă, în mod clar, ce urmează a se subcontracta.

Având în vedere faptul că ... SRL nu a avut acces la documentele depuse de către cei doi operatori economici în cauză, autoarea contestației consideră că CNSC trebuie să verifice părțile din contract ce urmează a fi subcontractate, mai exact legalitatea acestora, cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materie.

... SRL consideră că oferta ofertantul declarat câștigător și-a redus artificial tariful minim legal care poate fi ofertat și care poate fi fundamentat pentru prestarea serviciilor de pază umană, nerespectând în acest sens toate obligațiile minime și imperative stabilite în sarcina oricărui angajator de Legea nr. 53/2003 și de legislația în vigoare în domeniul salarizării.

În cazul în care ..., împreună cu subcontractantul ..., au folosit subvenții pentru diminuarea prețului, ... SRL consideră că trebuiau îndeplinite următoarele:

- procentul în care subcontractantul ... putea include subvenții era de 1% din numărul total de agenți, mai exact 8,8 agenți x 1% = 0,09 agenți implicați;

- întrucât convențiile se încheie la sediul social al angajatorului și nu la domiciliul fiecărui angajat în parte, potrivit prevederilor art. 5 pct. IV[1] din Legea nr. 76/2002, „șomer înregistrat”, iar sediile operatorilor economici în cauză sunt în Slobozia, județul Ialomița, respectiv în București, pentru subcontractant trebuiau incluse costurile cu diurna și cheltuielile de cazare a salariaților detașați, precum și cheltuieli privind transportul agenților subvenționați de la sediul social la amplasamentele obiectivelor.

... SRL a învederat că potrivit dispozițiilor art. 44 din Codul muncii, „Delegarea poate fi dispusă pentru o perioadă de cel mult 60 de zile calendaristice în 12 luni și se poate prelungi pentru perioade succesive de maximum 60 de zile calendaristice, numai cu acordul salariatului. Refuzul salariatului de prelungire a delegării nu poate constitui motiv pentru sancționarea disciplinară a acestuia. Salariatul delegat are dreptul la plata cheltuielilor de transport și cazare, precum și la o indemnizație de delegare, în condițiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil”. Astfel, pentru persoanele subvenționate, operatorul economic trebuia să depună și declarațiile de disponibilitate a persoanelor implicate, precum și un angajament, că operatorul economic nu mai folosește aceste subvenții în alte proceduri și blochează totodată suma și personalul propus, în funcție de perioada implicată.

Totodată, ... SRL consideră că trebuie analizat modul în care ... cu subcontractantul ... a fundamentat Fondul de handicap, conform art. 78 din Legea 448/2006, respectiv 4% x numărul total de angajați, unde trebuia depus și un extras de „REVISAL” la data depunerii, ori, dacă și-a diminuat aceasta obligație de plată prin persoane cu handicap angajate, trebuie avut în vedere faptul că în cazul persoanelor cu handicap angajate cu timp parțial de muncă, numărul acestor persoane se calculează fracționat, proporțional cu timpul efectiv lucrat precizat în raportul/salariat sau în contractul individual de muncă, pentru care

operatorul economic era obligat să depună decizia privind gradul de încadrare în handicap, raportul/salariat „REVISAL”.

Având în vedere prețul ofertat de către ofertantul câștigător, ... SRL consideră că au fost încălcate obligațiile minime și imperative stabilite în sarcina oricărui angajator de Legea nr. 53/2003 și de legislația în vigoare în domeniul salarizării.

Astfel, potrivit art. 133 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă, atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, iar propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, precum și să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Legea nr. 98/2016. Aceste obligații sunt, în mod indiscutabil, trasate de norma legală în sarcina autorității contractante, aceasta neputându-se eschiva de la îndatoririle sale sub pretextul bunei-credințe a ofertanților.

Mai mult decât atât, în conformitate cu prevederile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare avea obligația, în situația în care constată că elementele de preț ale ofertei sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, putând utiliza ca referință în acest sens, informații cum ar fi buletine statistice privind evoluția salariilor pe anumite categorii de profesii și meserii, să solicite în acest sens ofertantului/ofertanților explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

Clarificările pe care comisia de evaluare le poate solicita ofertanților nu se pot limita doar la precizări cu privire la faptul că ofertantul poate beneficia de un ajutor de stat, ci, potrivit art. 210 din Legea nr. 98/2016, solicitările de clarificări pot face referire, printre altele, la fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la serviciile furnizate, detalii despre condițiile deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru prestarea serviciilor, precizări cu privire la reglementările obligatorii în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele, convențiile și acordurile internaționale în aceste domenii, care trebuie respectate pe parcursul executării contractului de achiziție publică, ori autoritatea contractantă a încălcat cu bună știință aceste prevederi legale, ducând astfel la atribuirea unui contract fără respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, etc.

În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică, în mod corespunzător, nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, iar în urma verificărilor se constată că oferta are în continuare un preț neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi prestat, astfel încât, nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 136 alin. (3) și art. 137 alin. (2) lit. g)

din HG nr. 395/2016, era obligată să declare oferta ca inacceptabilă și neconformă.

Orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică și pe dovezi și justificări concludente, și nu pe elemente insuficiente, neclare sau incerte ce nu permit evaluarea obiectivă a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor și aplicării criteriului de atribuire, autoritatea contractantă trebuia să stabilească cu exactitate dacă ofertele depuse sunt reale și ferme putând astfel stabili realitatea și corectitudinea formării tarifului.

... SRL a solicitat Consiliului acces la dosarul cauzei.

În dovedirea contestației, ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 52629/2640/C5/27.11.2020, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 5 zile de la data sesizării Consiliului, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 3.133,26 lei.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei, ca în termen de 3 zile de la primirea corespondenței, să comunice, contestația în original, iar în copie conformă cu originalul, adresa nr. 6366/17.11.2020, însoțită de dovada luării la cunoștință a acesteia.

Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul cauzei, formulată în cuprinsul contestației sale, Consiliul a înștiințat ... SRL cu privire la dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precizând că ulterior primirii, recipisei de consemnare a cauțiunii, în original, precum și din partea autorității contractante a documentelor necesare soluționării contestației, va fi informată asupra datei în care le poate consulta, precum și cu privire la termenul pentru depunerea eventualelor concluzii scrise.

... SRL a transmis prin mijloace electronice (e-mail), adresa nr. 1039/27.11.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 52732/02.12.2020, prin care a făcut dovada privind constituirea sumei de 2.162,07 RON, cu titlu de cauțiune aferentă contestației.

Ulterior, ... SRL a transmis prin poștă, în original, Recipisa de consemnare nr. 206676893/1 din 27.11.2020, eliberată de CEC BANK – Sucursala Ploiești, în sumă de 2.162,07 RON, corespondența fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 52795/02.12.2020.

... SRL a transmis prin mijloace electronice (e-mail), adresa nr. 1091/03.12.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 53322/04.12.2020, prin care a făcut dovada completării cauțiunii cu suma de 971,19 RON.

Ulterior, ... SRL a transmis prin poștă, în original, Recipisa de consemnare nr. 206681512/1 din 03.12.2020, eliberată de CEC BANK – Sucursala Ploiești, în sumă de 971,19 RON, reprezentând completarea cauțiunii depusă inițial, corespondența fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 53519/04.12.2020.

Prin adresa nr. 53833/2640/C5/07.12.2020, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației, respectiv dosarul achiziției publice, oferta depusă de ..., dovezi privind publicarea în SEAP a contestației și transmiterea punctului de vedere către contestatoare. Totodată, Consiliul i-a solicitat autorității contractante să remită, în eventualitatea în care există, declarația de confidențialitate a documentelor depuse de ... SRL în cadrul procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), un set de documente justificative, corespondența fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 55593/15.12.2020.

Autoritatea contractantă a transmis, prin poștă, punctul de vedere nr. 6985/16.12.2020, înregistrat la Consiliu sub nr. 56363/18.12.2020, împreună cu documentele necesare soluționării contestației formulată de ... SRL.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a precizat că propunerea financiară depusă de ... prevede un cost total de 108.071,04 lei, fără TVA, respectiv un tarif orar de 12,24 lei/oră, iar comisia de evaluare a solicitat justificarea prețului neobișnuit de scăzut, solicitare la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 1045/03.11.2020. Astfel, din răspunsul la solicitarea de clarificări, nu reiese modul de formare a prețului, precum și faptul că prețul este determinat de primirea unui ajutor de stat în baza art. 85 din Legea nr. 76/2002.

Având în vedere că ... SRL i-a solicitat accesul la oferta declarată câștigătoare, autoritatea contractantă a învederat faptul că aceasta conține o „Declarație privind declararea unor părți din ofertă ca fiind confidențiale”, iar în timpul evaluării, comisia de evaluare a considerat justificată fundamentarea din cuprinsul declarației, neavând motive de a contesta cele declarate de ofertant.

De asemenea, autoritatea contractantă a precizat că în cadrul acordului de subcontractare încheiat între ... și ... nu este necesară precizarea „în mod clar ce urmează a subcontracta”, deoarece procedura are ca obiect doar servicii de pază prestate la locațiile indicate de către personal uman.

Prin adresa nr. 56856/22.12.2020, Consiliul a revenit la solicitarea sa anterioară (adresa nr. 53833/2640/C5/07.12.2020), cerându-i autorității contractante, să precizeze, în mod expres, dacă ... SRL a depus declarație privind confidențialitatea unor documente, iar în eventualitatea în care există, să o transmită la dosarul cauzei, să precizeze data la care ... a depus/transmis în procedură „Declarația privind declararea unor părți din ofertă ca fiind confidențiale”, transmisă la dosarul cauzei, prin punctul de vedere nr. 6985/16.12.2020, înregistrat la Consiliu sub nr. 56363/18.12.2020, având în vedere că în Raportul procedurii nr. 6366/17.11.2020, s-a consemnat, la pct. 3.2.7., că nu există „Informații din cadrul ofertelor declarate de ofertanți ca fiind confidențiale (...)”, precum și să remită formularele de ofertă depuse în cadrul procedurii de către operatorii economici, având în vedere faptul că acestea fac parte integrantă din dosarul achiziției publice, în conformitate cu prevederile art. 148 lit. j) din Normele metodologice de aplicare a

prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016.

Prin corespondența nr. 7183/23.12.2020, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 57200/23.12.2020, respectiv sub nr. 57863/28.12.2020, autoritatea contractantă a precizat faptul că dintr-o eroare de redactare, în raportul procedurii nu au fost completate informațiile privind părțile din oferte care sunt declarate confidențiale. Autoritatea contractantă a anexat adresei nr. 7183/23.12.2020, „Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial", depusă de ... SRL în cadrul procedurii de atribuire.

Având în vedere solicitarea contestatoarei ... SRL de studiere a dosarului cauzei la sediul CNSC și „Declarația privind declararea unor părți din ofertă ca fiind confidențiale", depusă de ... în cadrul procedurii de atribuire, prin adresa nr 57704/28.12.2020, Consiliul i-a solicitat ofertantului desemnat câștigător, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, să comunice, în termen de o zi lucrătoare de la primirea corespondenței, temeiul juridic al încadrării acestor înscrisuri ca fiind confidențiale, să probeze, respectiv, să prezinte dovada care conferă caracter de „confidențialitate" informațiilor indicate de societatea sa ca atare, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 114/2020, 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. 134/2010, 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".

... SRL a fost invitată, de Consiliu, prin adresa nr. 414/05.01.2021, să studieze dosarul cauzei. La data de 05.01.2021, ... SRL a confirmat primirea invitației de a studia dosarul, sens în care a transmis corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 452/05.01.2021.

Până la data emiterii prezentei decizii, ... SRL nu a transmis note/concluzii ca urmare a studierii dosarului cauzei.

Prin adresa nr. 1796/2640/C5/12.01.2021, Consiliul a informat părțile cu privire la prelungirea, cu 10 zile, a termenului de soluționare a contestației, în conformitate cu prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Prin actul de sesizare a Consiliului, ... SRL a solicitat acces la dosarul achiziției publice.

Conform legislației în vigoare, accesul părților la dosarul constituit la Consiliu se face în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

„(1) 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. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară 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. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți".

Raportat la dispozițiile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractată are obligația de a transmite Consiliului în termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, o copie a dosarului achiziției publice și orice documente considerate edificatoare.

Pentru a stabili care dintre documentele transmise Consiliului de către autoritatea contractantă vor fi puse la dispoziția contestatoarei pentru a fi studiate la sediul CNSC, Consiliul a procedat la verificarea acestora.

Astfel, Consiliul reține următoarele:

- ... a declarat, la momentul depunerii ofertei, ca fiind confidențiale informațiile cuprinse în propunerile tehnică și financiară, în totalitate, inclusiv solicitările de clarificări și răspunsurile aferente, precum și datele cu caracter personal, sens în care a depus „Declarația privind declararea unor părți din ofertă ca fiind confidențiale";

- ... SRL a declarat, la momentul depunerii ofertei, ca fiind confidențiale părți/informații din propunerile tehnică și financiară, sens în care a depus „Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial".

Consiliul apreciază că, în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte, relevantă este şi Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curţii Justiţie a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge, în considerentele căreia s-a statuat:

- în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziţii publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informaţiile conţinute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părţilor şi avocaţilor acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecţia concurenţei loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar;

- protecţia secretelor comerciale constituie un principiu general;

- în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui

contract de achiziţii publice, principiul contradictorialităţii nu implică faptul că părţile au un drept de acces nelimitat şi absolut la toate informaţiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanţă cu dreptul altor operatori economici la protecţia informaţiilor confidenţiale şi a secretelor comerciale ale acestora;

- având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informaţii către un concurent, organismul menţionat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informaţii unei părţi la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidenţial sau de secret comercial al acestora;

- organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidenţialitatea şi dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informaţii conţinute în dosarele care îi sunt comunicate de către părţile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatoarei ... SRL, care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, întregul dosar al achiziției publice, mai puțin propunerea tehnică, propunerea financiară și răspunsurile la solicitările de clarificări ale ofertantului poziționat în clasamentul final pe locul 1 – .... Pentru a decide astfel, Consiliul a aplicat și principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând contestatoarei, care la rândul său a invocat caracterul confidențial al propunerilor sale tehnică și financiară accesul la documente similare ale contracandidatului său, poziționat în clasamentul intermediar pe locul I.

În ceea ce privește documentele conținând informații cu caracter personal, depuse în cadrul procedurii de către ofertantul ..., Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatoarei ... SRL respectivele documente, în vederea studierii, fără însă a efectua fotocopii după acestea.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat, procedura de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază și protecție pentru Primăria și Școala Butimanu – 2 posturi fixe permanente”, cod CPV 79713000-5 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1068893/27.05.2020, stabilind „termen limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la 16.06.2020 ora 15^{00}, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată de 156.663 RON, fără TVA.

Potrivit Procesului-verbal nr. 3310/17.06.2020 al ședinței de vizualizare a ofertelor, au depus oferte un număr de 9 operatori economici, printre care se regăsește și ofertantul contestator. În urma evaluării ofertelor, oferta depusă de ... SRL a fost declarată necâștigătoare, aceasta clasându-se pe locul 2, oferta desemnată

câștigătoare fiind cea depusă de ..., toate aceste aspecte fiind consemnate în raportul procedurii nr. 6366/17.11.2020.

Ulterior evaluării ofertelor și comunicării rezultatului procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă, ... SRL a depus la Consiliu contestația de față.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare nr. 206676893/1 din 27.11.2020, eliberată de CEC BANK – Sucursala Ploiești, în sumă de 2.162,07 RON și Recipisa de consemnare nr. 206681512/1 din 03.12.2020, eliberată de CEC BANK – Sucursala Ploiești, în sumă de 971,19 RON.

Recipisele de consemnare se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Analizând criticile formulate de către contestator, Consiliul constată că acestea vizează, în principal, aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de ofertantul câștigător. Contestatorul consideră că oferta câștigătoare are un preț nejustificat de scăzut, iar autoritatea contractantă trebuia să-i ceară justificarea tarifului ofertat, respectiv să verifice respectarea prevederilor Legii 53/2003 – Codul Muncii. Totodată, contestatorul consideră că ofertantul câștigător nu a indicat, în acordul de subcontractare, ce urmează a subcontracta.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de ... SRL, cu privire la ofertantul câștigător, Consiliul constată următoarele:

Verificând conținutul propunerii financiare a ofertantului criticat, Consiliul constată că acesta a prezentat o calculație de preț pentru tariful unitar ofertat, respectiv:

„Tarif orar salariu brut		*13,327 lei/oră*
Spor pentru muncă prestată noaptea		*3,33 lei/oră*
Spor pentru muncă în zilele de sărbătoare legală		*13,33 lei/oră*
Spor muncă sâmbăta și duminica		*0,13 lei/oră*
Concediu de odihnă		*10.919,27 lei*
Contribuție fond Legea 448/2006		*4.816,80 lei*
Contribuție asiguratorie de muncă		*3.193,89 lei*
Total costuri personal		*149.961,22 lei*
Cotă alte cheltuieli indirecte	*8,50%*	*12.746,70 lei*
Cotă profit societate	*0,30%*	*488,12 lei*
Total costuri contract		*163.196,04 lei*
Tarif orar		*18,48 lei*
Subvenție lunară		*2.250 lei*
Număr subvenționați		*7*
Nr. luni cu subvenții		*3,5*
TOTAL SUBVENȚII		*55.125 lei*
Cost total contract fără subvenții		*163.196,04 lei*
Cost total cu subvenții		*108.071,04 lei*
Tarif orar ofertat		*12,24 lei/oră”.*

Prin contestație, ... SRL a prezentat nivelurile ce ar fi trebuit respectate de ofertantul câștigător pentru sporuri, contribuția asiguratorie și fondul de handicap, respectiv:

„a) Salariul de bază conform HG 935 din 13 decembrie 2019 - 2230 lei/lună pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând 13,327 lei/oră;

b) Sporul de noapte conform Art. 126. [compensarea muncii de noapte] 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 muncă prestată în timpul nopții de 25% din salariul de bază, dacă timpul astfel lucrat reprezintă cel puțin 3 ore de noapte din timpul normal de lucru;

c) Sporul de weekend -

d) Sărbători legale - 6 sărbători legale x 24 ore x 13,327 lei x 2 post(uri) = 3838.18 lei 3838.18 lei : 8832 total ore = 0,43 lei/oră (...)

f) Concediul de odihnă - Concediu de odihnă 21 zile/an cnf. art. 150/Codul muncii 2230 lei : 12 luni = 185,83 lei/lună; 185,83 : 167,333 = 1,11 lei/oră;

g) Fondul de handicap conform art. 78 din Legea 448/2006, să fie evidențiat separat de cheltuielile directe și indirecte. - 4% - pentru desfășurarea contractului sunt necesari 8,8 angajați x 4% x 2230 : 8,8 = 89,20 lei contribuție 89,20 lei : 167,333 medie lunară ore 2020 = 0,53 lei/oră;

h) Contribuție asiguratorie pentru muncă - 2,25% din total salarii (Salariul de bază + Sporul de noapte + Sporul de weekend + Sărbători legale + Orele prestate suplimentar + Concediul de odihnă) =".

Referitor la critica autoarei contestației privind nerespectarea legislației muncii, Consiliul reține următoarele:

Conform HG nr. 935/2019 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată:

„(1) Începând cu data de 1 ianuarie 2020, 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 2.230 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând 13,327 lei/oră."

Conform prevederilor din Legea nr. 53/2003 – Codul Muncii:

Sporul de noapte

„Art. 125. - (1) Munca prestată între orele 22,00-6,00 este considerată muncă de noapte.

Art. 126. - Salariații de noapte beneficiază:

b) fie de un spor pentru munca prestată în timpul nopții de 25% din salariul de bază, dacă timpul astfel lucrat reprezintă cel puțin 3 ore de noapte din timpul normal de lucru."

Spor de week-end

„Art. 137. – (2) În cazul în care repausul în zilele de sâmbătă și duminică ar prejudicia interesul public sau desfășurarea normală a

activității, repausul săptămânal poate fi acordat și în alte zile stabilite prin contractul colectiv de muncă aplicabil sau prin regulamentul intern.

*(3) În situația prevăzută la alin. (2) salariații vor beneficia de un **spor** la salariu **stabilit prin contractul colectiv** de muncă sau, după caz, prin contractul individual de muncă."*

Sporul de sărbători legale

„Art. 142. - (2) În cazul în care, din motive justificate, nu se acordă zile libere, salariații beneficiază, pentru munca prestată în zilele de sărbătoare legală, de un spor la salariul de bază ce nu poate fi mai mic de 100% din salariul de bază corespunzător muncii prestate în programul normal de lucru."

Concediul de odihnă

„Art. 145. - (1) Durata minimă a concediului de odihnă anual este de 20 de zile lucrătoare."

Consiliul constată că, raportat la textele legale incidente, ofertantul câștigător a respectat prevederile legale de mai sus, deci critica autoarei contestației nu este întemeiată.

Pe de altă parte, verificând calculul prezentat de contestatoare, în cadrul ofertei, respectiv calculația de preț, rezultă următoarele tarife orare:

Salariul minim pe economie, valabil din 01.01.2020
2230 lei : 167,333 ore = 13,327 lei/oră

Spor de noapte	1,11 lei/oră
Spor sărbători legale (100%)	0,43 lei/oră
Spor weekend	0,02 lei/oră
Concediu de odihnă	1,11 lei/oră

Analizând calculația de preț prezentată de ofertantul câștigător, comparativ cu calculația de preț prezentată de ofertantul contestator, Consiliul constată că majoritatea elementelor de cost enumerate, folosite de ofertantul câștigător, sunt egale sau mai mari decât cele evidențiate de contestatoare, reieșind că **totalul** elementelor de cost, de mai sus, ofertat de câștigător este mai mare decât cel calculat de contestator, respectiv:

Elementele de cost

Salariul minim pe economie	Contestator 13,327 lei/oră	Câștigător 13,327 lei/oră
Spor de noapte	1,11 lei/oră	3,33 lei/oră pentru 2944 ore prestate în program de noapte 1,11 lei/oră pentru 8832 ore
Spor sărbători legale (100%)	0,43 lei/oră	13,33 lei/oră pentru 240 ore prestate în zile de sărbătoare legală 0,36 lei/oră pentru 8832 ore
Spor weekend	0,02 lei/oră	0,13 lei/oră pentru 2496 ore prestate sâmbăta și duminica 0,04 lei/oră pentru 8832 ore
Concediu de odihnă	1,11 lei/oră	1,23 lei/oră

Total 15,997 lei/oră 16,067 lei/oră

Referitor la fondul de handicap, menționat în calculația sa de către ofertantul câștigător, Consiliul reține următoarele:

Conform art. 78 din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, modificată și completată de OUG nr. 60/2017:

„(2) Autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care au cel puțin 50 de angajați, au obligația de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de angajați.

(3) Autorităţile şi instituţiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condiţiile prevăzute la alin. (2), plătesc lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe ţară garantat în plată înmulţit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap".

În aplicarea acestei dispoziții legale, Consiliul apreciază că formula corectă este: 1 angajat x 4% x 2230 lei/lună = 89,20 lei/lună – reprezintă suma ce trebuie achitată către bugetul de stat constituind fondul de handicap pentru fiecare angajat conform prevederilor legale: 89,20 lei/lună : 167,333 ore/lună = 0,53 lei/oră. Pentru total ore prevăzute de contractul ce urmează a fi atribuit (8832) rezultă o valoare de 4680,96 lei, mai mică decât valoarea stabilită de ofertantul câștigător, respectiv 4816,80 lei.

Din cele de mai sus rezultă că ofertantul câștigător a respectat prevederile legale de mai sus.

În ceea ce privește contribuția asiguratorie de muncă, Consiliul constată că procentul de 2,25% a fost aplicat corect.

Referitor la convențiile cu AJOFM, invocate de ofertantul câștigător, Consiliul reține următoarele:

În calculația de preț, ofertantul câștigător a inclus subvenții conform Legii nr. 76/2002 în valoare de 55.125 lei.

Prin adresa nr. 604/30.10.2020, autoritatea contractantă a solicitat câștigătorului să justifice prețul ofertat. Acesta a răspuns cu adresa nr. 1045/03.11.2020 în care a făcut precizări privind subvențiile, respectiv:

„Adunând cheltuielile cu munca vie, cheltuielile indirecte și profitul previzionat, vom avea următoarea valoare:

Total costuri contract 163.196,04 lei

Subscrisa avem încheiate cu A.N.O.F.M. mai multe convenții, în baza cărora societatea încasează subvenții pentru recrutarea personalului din rândul șomerilor de peste 45 de ani. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 85 din Legea nr. 76/2002, pentru angajarea unui șomer de peste 45 de ani, angajatorul, va încasa, pentru o perioadă de 12 luni, o subvenție lunară de 2.250 lei.

Astfel, din perioada contractuală, timp de 3,5 luni se alocă acestui contract un număr de 9 de agenți de securitate din care se aloca un număr de 7 de agenți de securitate pentru care societatea încasează subvenție, sumele astfel încasate fiind după cum urmează:

Subvenție lunară 2.250

Număr subvenționați 7

Nr. luni cu subvenții 3,5

TOTAL SUBVENȚII 55.125

Rezultă astfel că, din valoarea contractului de 163.196,04 lei, se scade suma de 55.125 lei, rezultă o valoare totală de 108.071,04 lei.

Această sumă, împărțită la numărul total de 8.832 ore, rezultă un tarif orar de 12,24 lei/oră, fără TVA.

De asemenea, dacă efectuăm calculul și invers, pentru a corecta efectul zecimalelor, rezultă 8.832 ore x 12,24 lei = 108.103,68 lei."

La acest răspuns a atașat convenția nr. 66/02.09.2020 pentru 7 șomeri, cererea nr. 342/02.09.2020 în care se menționează numele celor 7 agenți și Decizia nr. 276/04.09.2020 prin care s-a stabilit o subvenție în cuantum de 189.000 lei pe durata de 12 luni, încheiată cu AJOFM Ialomița.

Consiliul va respinge ca nefondată critica autoarei contestației, deoarece din calculele prezentate de ofertant nu rezultă faptul că acesta ar fi luat în considerare, în diminuarea prețului ofertat, valoarea maximă a subvenției obținută pentru cei 7 agenți, ci doar valoarea aferentă unei perioade de 3,5 luni din cele 12 luni pentru care a fost acordată subvenția, valoare împărțită pentru cele 2 posturi permanente, iar valoarea subvenției avută în vedere a fost împărțită la numărul total de agenți de pază indicați că vor fi folosiți în executarea contractului (9 pentru cele 2 posturi de pază permanente).

Verificând calculația de preț depusă de câștigător, Consiliul constată faptul că tariful pentru postul de pază permanent, de 18,48 lei/oră a fost diminuat până la 12,24 lei/oră ca urmare a invocării de subvenții conform Legea nr. 76/2002.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la faptul că prețul ofertat nu ia în calcul costurile pe care le implică prestarea serviciilor, respectiv nu s-au luat în calcul costurile pe care le implică diurna, transportul, cazarea și delegarea tuturor agenților de pază din convențiile AJOFM, care nu au domiciliul în localitatea unde se prestează serviciul de pază, Consiliul constată că aceasta este nefondată.

Astfel, Consiliul constată că domiciliul agenților de securitate este irelevant, în speță, având relevanță locul muncii stabilit prin contractul individual de muncă, care, conform dispozițiilor art. 16^1 alin. (1) din Codul muncii, *„reprezintă locul în care salariatul își desfășoară activitatea, situat în perimetrul asigurat de angajator, persoană fizică sau juridică, la sediul principal sau la sucursale, reprezentanțe, agenții sau puncte de lucru care aparțin acestuia*" și nu localitatea de domiciliu a agenților.

Potrivit dispozițiilor art. 249 din Codul de procedură civilă, *„Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege*", această regulă fiind exprimată și prin adagiul *„actori incubit onus probandi*" (reclamantului îi incumbă sarcina probei). În speță, se constată că autoarea contestației nu a făcut dovada faptului că agenții de pază indicați în convențiile AJOFM au domiciliul în altă localitate decât cea în care se prestează serviciul de pază, pentru a deveni incidente dispozițiile art. 44 alin. (2) din Codul muncii care stipulează că: *„Salariatul delegat are dreptul la plata cheltuielilor de*

transport și cazare, precum și la o indemnizație de delegare, în condițiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil”.

În ceea ce privește detașarea și delegarea, Consiliul va lua în considerare argumentele prezentate de ofertantul câștigător în adresa nr. 1045/03.11.2020, respectiv:

„Societatea a prevăzut în cadrul categoriei cheltuieli indirecte costurile interne ocazionate de transportul personalului. Personalul va fi transportat prin mijloace proprii, costurile fiind distribuite printr-un algoritm stabilit, intern cumulativ cu alte cheltuieli ocazionate de transportul personalului propriu angrenat în alte contracte de pază. O parte din agenții de securitate își vor asigura singuri deplasarea.

În ceea ce privește clarificările la oferta financiară, eventuale costuri indirecte, de dotare personal, transport, etc., toate aceste costuri au fost evidențiate în procentul de 8,50% de cheltuieli indirecte, printre care menționăm următoarele:

- un procent de 5,5% a fost utilizat pentru acoperirea cheltuielilor de transport și localizare în obiectivul menționat în caietul de sarcini;

- un procent de 2% a fost utilizat pentru cheltuieli legate de dotarea logistică (echipamente specific activității de pază și protecție, formularistică);

- un procent de 1% a fost utilizat pentru acoperirea, în baza unui algoritm intern, a cheltuielilor generale legate de TESA și activităților specifice necesare obținerii diverselor avize conform legislației muncii în vigoare și a Legii nr. 333/2003 precum și orice alte cheltuieli neprevăzute ce pot apărea pe durata desfășurării contractului.”

În ceea ce privește detașarea și delegarea, Legea nr. 53/2003 privind codul muncii la art. 43 definește delegarea ca fiind „*exercitarea temporară, din dispoziția angajatorului, de către salariat, a unor lucrări sau sarcini corespunzătoare atribuțiilor de serviciu în afara locului său de muncă*”, iar la art. 45 definește detașarea ca fiind „*actul prin care se dispune schimbarea temporară a locului de muncă, din dispoziția angajatorului, la un alt angajator, în scopul executării unor lucrări în interesul acestuia. În mod excepțional, prin detașare se poate modifica și felul muncii, dar numai cu consimțământul scris al salariatului*”.

Delegarea presupune exercitarea atribuțiilor de serviciu în afara locului de muncă. Obiectivul pentru care ... a demarat procedura de achiziție a serviciilor de paza este reprezentat de școală și primărie. Personalul cu care ofertantul declarat câștigător va asigura paza este constituit din agenți de pază angajați proprii, ale căror locuri de muncă vor fi la obiectivul pentru care se va încheia contractul de achiziție. Așadar, aceștia nu își modifică locul de muncă, din fundamentarea prețului nu rezultă că angajatorul a avut în vedere o delegare a agenților de pază la un alt loc de muncă, deci în mod eronat contestatoarea critică stabilirea prețului fără a avea în vedere și cheltuielile pe care o eventuală delegare a angajaților le-ar presupune.

Potrivit fundamentării prețului ofertat rezultă că ofertantul ... a avut în vedere, pe lângă cheltuielile cu salariile prevăzute de Codul muncii și cheltuieli cu transportul și alte cheltuieli administrative. Prin urmare, dacă unii dintre angajați ar locui pe raza unei alte localități decât

cea în care își desfășoară activitatea de agent pază, angajatorul le asigură transportul sau le decontează cheltuielile cu transportul.

Critica autoarei contestației privind acordul de subcontractare prezentat de ... este întemeiată din următoarele considerente:

Conform art. 193 din Legea nr. 98/2016:

„(3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).”

În fișa de date se menționează:

„III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională (...)
Proporția de subcontractare
*Autoritatea contractantă **solicită ofertantului să precizeze în ofertă partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze** și datele de identificare ale subcontractanților propuși.*
Modalitatea de îndeplinire:
Se va prezenta DUAE pentru ofertant și toți subcontractanții, în conformitate cu prevederile art. 193 alin. 1 din Legea 98/2016, însoțit de acordul de subcontractare.”

În caietul de sarcini se precizează:

„2. VOLUMUL SERVICIILOR
Paza se va asigura permanent, în ture, cu personal de pază specializat și autorizat, distribuit în 2 posturi de pază fixe, amplasate astfel:
- un post fix, permanent, situat la sediul primăriei - 1 agent;
- un post fix, permanent, situat la Școala Butimanu - 1 agent.”

În DUAE-ul prezentat de ... se precizează:

„Proporția de subcontractare: 1% din valoarea ofertată”.

În DUAE-ul prezentat de ... se precizează:

„Proporția de subcontractare: 1%”.

În acordul de subcontractare, încheiat între ... și ..., având nr. 600/04.06.2020, se precizează:

„Art.2. Partea părțile din contract ce urmează a fi subcontractante, sunt: - SC ...

- SC ...

Art.3. Procentul de subcontractare este de 1% din valoarea ofertată.”

Din cele de mai sus rezultă că ofertantul câștigător nu a precizat ce parte din contract subcontractează, respectiv la care obiectiv intervine subcontractantul și tipul activității desfășurate. Ca urmare, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuie să solicite ofertantului câștigător DUAE-urile revizuite și un acord de subcontractare (act

adițional la acesta) din care să rezulte partea de contract subcontractată, respectiv la care obiectiv intervine subcontractantul, cu respectarea prevederilor legale de mai sus.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită contestația depusă de ... SRL, în contradictoriu cu ... și să anuleze, în parte, raportul procedurii și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de ..., precum și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire.

Va obliga autoritatea contractantă, în temeiul art. 26 alin. (5) din același act normativ, ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depuse de ..., cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Anulează, în parte, raportul procedurii și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de ..., precum și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depuse de ..., cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactat practicaua deciziei,
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.