CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr.1105/22.07.2016, înregistrată la Consiliu sub nr.22513/25.07.2016, formulată de ..., cu sediul în ..., împotriva refuzului de a nu modifica valoarea estimată a contractului, publicat în SEAP, în data de 19.07.2016, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte on-line, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, s-a solicitat:
- obligarea autorităţii contractante la modificarea valorii estimate a contractului cu respectarea prevederilor legale;
- în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorităţii contractante la plata cheltuielilor de judecată, în cuantum de 3500 lei, ocazionate de prezenta contestaţie.

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

Prin contestaţia înregistrată sub numărul de mai sus, ... contestă refuzul ...de a modifica valoarea estimată a contractului, publicată în SEAP, în data de 19.07.2016, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte on-line, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, solicitând :
- obligarea autorităţii contractante la modificarea valorii estimate a contractului cu respectarea prevederilor legale;

- în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorităţii contractante la plata cheltuielilor de judecată, în cuantum de 3500 lei, ocazionate de prezenta contestaţie.

În motivarea contestaţiei, ... apreciază că, raportat la prevederile art.137, alin.2, lit.e, lit.f şi lit.g din H.G. nr.395/2016, se impune modificarea valorii estimate a contractului, întrucât acesta reprezintă "un barometru" utilizat de autoritatea contractanta la evaluarea ofertelor financiare, neputând fi considerată doar o valoarea orientativă, având în vedere dispoziţiile imperative privind obligaţiile autorităţii contractante referitoare la stabilirea valorii contractelor, respectiv art.9, alin.1, art.12 din Legea nr.98/2016.

Astfel, contestatorul susţine că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile Legii nr.98/2016 şi H.G. nr.395/2016, legislaţia referitoare la obligaţiile de plată către bugetul de stat, prevederile Codului Muncii, întocmind, în mod eronat, documentaţia de atribuire.

În susţinerea celor afirmate, contestatorul supune atenţiei următoarele aspecte:

-estimarea corectă a valorii contractului este responsabilitatea autorităţii contractante;

- calculul valorii estimate a contractului se face cu respectarea prevederilor legale în vigoare şi a prevederilor documentaţiei de atribuire;

- legislaţia muncii, prevederile Codului Muncii privind drepturile băneşti ale salariaţilor, sunt prevederi legale obligatorii, imperative ce nu pot fi ignorate şi aplicate arbitrar de către societăţile comerciale;

- sporurile ce trebuie acordate salariaţilor, prevăzute în Codul Muncii, sunt exacte, clare, şi nu pot fi interpretate sau aplicate altfel decât prevede legislaţia;

- atribuirea unui contract de achiziţie publică cu nerespectarea legislaţia muncii este nelegală.

Contestatorul precizează că, în domeniul achiziţiilor publice, valoarea estimată a contractului reprezintă însumarea tuturor sumelor plătibile legal pentru îndeplinirea contractului respectiv, autoritatea contractantă luând în considerare orice formă de opţiuni în măsura în care pot fi anticipate la momentul estimării, orice eventuale suplimentări sau majorări ale valorii contractului.

Faţă de acest aspect, contestatorul apreciază că natura permanentă a serviciilor solicitate de autoritatea contractantă, impune luarea în considerare, la stabilirea valorii estimate, a tuturor cheltuielilor necesare ducerii la îndeplinire a contractului de achiziţie publică, constituite de:

- salariul brut lunar;

- cheltuielile prevăzute de Codul Muncii, cum ar fi cele referitoare la orele suplimentare, sporul de noapte, sporul de sărbători legale, sporul de repaus săptămânal;

- contribuţiile privind plăţile salariale cum ar fi contribuţiile de asigurări sociale, contribuţiile de asigurări sociale de sănătate,

contribuţiile la bugetul asigurărilor de şomaj, contribuţiile la fondul de garantare pentru plata creanţelor salariale, contribuţiile la asigurările pentru accidente de muncă şi boli profesionale, contribuţiile pentru concediile şi indemnizaţiile de asigurări sociale de sănătate, fondurile speciale pentru persoane cu handicap;

- cheltuielile directe cum ar fi dotările (costum, ecuson, tonfă de atac sau apărare, lanternă, pulverizator, mijloc de comunicare, staţii portabile pentru emisie-recepţie etc.), costurile de medicina muncii, proctecţia şi securitatea în muncă, costurile de pregătire profesională/instruire a personalului;
- cheltuielile indirecte;
- profit etc.

Prezentând un calcul tabelar al cheltuielilor salariale, directe şi indirecte pentru serviciile de pază, începând cu data de 01.05.2016, contestatorul apreciază că stabilirea valorii estimate a contractului s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale.

În drept, se invocă dispoziţiile Legii nr.101/2016, Legea nr.98/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.15500/27.07.2016, înregistrat la C.N.S.C. cu nr.23496/02.08.2016, ... a solicitat respingerea contestaţiei, ca nefondată, pentru următoarele considerente:

În conţinutul punctului de vedere, autoritatea contractantă arată că respinge în totalitate susţinerile contestatorului, deoarce la stabilirea valoarii estimate a contractului au fost avute în vedere toate costurile ce pot concura la formarea acestuia, atât pentru a estima, pe de o parte, efortul său bugetar cu respectarea principiului eficienţei utilizării fondurilor publice, cât şi pentru a da posibilitatea ofertanţilor să-şi formuzeze ofertele cu încadrarea în cheltuielile cu prestarea serviciului.

Prin natura lor, după cum se arată, serviciile de pază, protecţie, monitorizare a sistemelor de supraveghere şi intervenţie rapidă constau, în principal, în punerea la dispoziţia autorităţii contractante, a personalului specializat pentru asigurarea pazei obiectivelor, bunurilor, protecţia salariaţilor, aparţinătorilor şi bolnavilor.

Astfel, precizează autoritatea contractantă, costurile unui astfel de serviciu sunt cele cu munca vie, situaţie în care s-au avut în vedere trei etape:

1. Determinarea cantităţii de servicii necesare în funcţie de numărul de posturi de pază şi modul de organizare a acestora.
2. Determinarea numărului de oameni faţă de cantitatea de servicii rezultată.
3. Determinarea cheltuielilor cu munca vie pornind de la prevederile legislaţiei muncii şi a legislaţiei fiscale.

La stabilirea valorii estimate totale a achiziţiei, după cum se susţine, au fost avute în vedere drepturile salariale astfel cum au fost stabilite prin H.G. nr.1017/2015, pentru salariul de bază minim brut pe ţară garantat în plată precum şi cotele de contribuţie de asigurări sociale pentru anul

2016 potrivit Bugetului asigurărilor sociale aprobat prin Legea nr.340/2015, datorate de angajator.

În continuare, autoritatea contractantă menţionează că doreşte să încheie un acord-cadru pentru o perioadă de 24 de luni, funcţie de necesităţile sale obiective cantitatea de servicii variind între o cantitate minimă şi maximă, astfel cum rezultă din documentaţia de atribuire.

Autoritatea contractantă prezintă calculul ce a stat la baza determinării cantităţii de servicii min/max estimate, pornind de la posturile de pază şi de la modul de organizare a acestora.

Concluzionând, autoritatea contractantă susţine că a respectat salariul minim pe economie stabilit prin H.G. nr.1017/2017, începând cu 01.05.2016, drepturile salariatului pentru lucrul în zilele nelucrătoare şi sărbători legale (100%), drepturile salariale pentru lucrul în ture de noapte (15%), obligaţiile angajatorului faţă de bugetele asigurărilor sociale, fiind alocat un procent de 23,2% pentru Fondul de accidente de muncă şi boli profesionale, luând în calcul totodată şi „tichetele valorice de masă”, deşi acestea nu aveau un caracter obligatoriu.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziţiei publice.

Faţă de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarea situaţie de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte on-line, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, sens în care a publicat, în SEAP, invitaţia de participare nr.289281/15.07.2016.

Valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 1.819.666,56 şi 2.111.958,48 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „preţul cel mai scăzut”.

Împotriva refuzului autorităţii contractante de a modifica valoarea estimată a contractului, exprimat urmarea parcurgerii, de către contestator, a procedurii prealabile a Notificării, ... a depus, în termen legal, prezenta contestaţie.

Examinând susţinerile părţilor, probatoriul aflat la dosarul cauzei şi dispoziţiile legale aplicabile, Consiliul constată:

... critică refuzul autorităţii contractante de a modifica valoarea estimată a contractului susţinând că aceasta ar fi fost stabilită cu nesocotirea prevederilor legale incidente şi a altor elemente ce concură la formarea tarifului orar pentru un agent pază, care, raportat la ceea ce urmează a fi prestat, în opinia contestatorului, ar fi de 13,24 lei/oră.

Având în vedere că prezenta procedură de atribuire a fost iniţiată la data de 15.07.2016, prin publicarea invitaţiei de participare nr.389281, Consiliul reţine incidenţa dispoziţiilor Legii nr.98/2016 privind achiziţiile publice, act normativ care a intrat în vigoare la data de 26.05.2016.

Relevante în soluţionarea cauzei sunt următoarele prevederi legale:

- art.9 alin.1 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care:

*"**Autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziţii având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opţiuni** şi prelungiri ale contractului menţionate în mod explicit în documentele achiziţiei."*

- art.12 din acelaşi act normative, potrivit cu care:

*"**Valoarea estimată a achiziţiei se determină înainte de iniţierea procedurii de atribuire şi este valabilă la momentul iniţierii procedurii de atribuire.** Iniţierea procedurii de atribuire se realizează prin urma dintre următoarele modalităţi:*

a) transmiterea spre publicare a anunţului de participare; (…)"

- art.14 din acelaşi act normative, potrivit cu care:

*"**În cazul acordului-cadru** sau al sistemului dinamic de achiziţii, valoarea estimată a achiziţiei **se consideră a fi valoarea maximă estimată, fără TVA, a tuturor contractelor de achiziţie publică subsecvente care se anticipează că vor fi atribuite în baza acordului-cadru** sau prin utilizarea sistemului dinamic de achiziţii pe întreaga sa durată."*

Din invitaţia de participare nr.389281/15.07.2016, dar şi din documentaţia de atribuire, reţine Consiliul că autoritatea contractantă a iniţiat procedura de atribuire în vederea încheierii unui acord-cadru pe 24 de luni, cu un singur operator economic, valoarea estimată fiind stabilită între **1.819.666,56 – 2.111.958,48 lei**, fără TVA, care se regăseşte şi în referatul privind estimarea valorii contractului nr.10916/25.05.2016.

Relevanţă prezintă şi prevederile caietului de sarcini, din care rezultă că posturile de pază sunt situate la sediul central al autorităţii contractante, un număr de 6 posturi, la Secţia "Materinitate" un număr de 3 posturi, la Secţia "TBC-CTG" un număr de 2 posturi, şi câte un post la Secţia "Oncologie" şi "Secţia exterioară Parscov", posturi cu o durată de 12 şi de 24 de ore.

Printre obligaţiile contractuale ale prestatorului, evidenţiate în caietul de sarcini, se regăsesc:

"Prestatorul va asigura următoarele:

- un dispecerat, dotat cu mijloace de comunicare (staţie radio emisie-recepţie, telefon mobil deservit de şeful de tură sau agentul de pază de post;

-staţie radio emisie-recepţie şi telefoane mobile, tomfă, spray irritant lacrimogen, uniformă de serviciu cu ecuson şi lanternă, pentru fiecare agent de pază;

- monitorizarea şi supravegherea tehnică în timp real prin dispecerat GPRS a compartimentelor dotate cu sistem audio-video de supraveghere;

- va asigura funcţionarea corespunzătoare a sistemelor de alarmare/video/control acces/audio cu persoana de specialitate;

- în urma verificărilor şi constatărilor va întocmi (dacă este cazul) necesarul cu piesele de schimb pentru remedierea defecţiunilor;

- piesele de schimb vor fi achiziţionate de autoritatea contractantă şi vor fi înlocuite de prestator în cadrul contractului;

- are obligaţia să monitorizeze, să supravegheze, să alarmeze, să stocheze şi să extragă datele ce sunt înregistrate de către camerele video şi de către microfoanele instalate în diferitele puncte şi să le poată pune la dispoziţia autorităţilor competente în caz de incidente;"

În legătură cu valoarea estimată a contractului, observă Consiliul că au fost formulate mai multe solicitări de clarificări, prin care operatori economici diferiţi sesizau faptul că valoarea estimată a fost calculată eronat, opţiunea autorităţii contractante, rezultată din răspunsurile formulate, fiind aceea de a ignora cele sesizate.

Procedând la verificarea modului de stabilire a valorii estimate a acordului-cadru, astfel cum apare aceasta în Referatul privind estimarea valorii contractului, Consiliul constată că în cadrul tabelului *"Estimare cheltuieli cu munca vie"*, autoritatea contractantă a prezentat un calcul pentru un agent de pază, plecând de la salariul minim pe economie garantat în plată, prevăzut de H.G. nr.1017/2016, de 1.250 lei, la care a adăugat o serie de cheltuieli.

Din calculul, pe de o parte, nu rezultă cu claritate dacă autoritatea contractantă a ţinut seama de prevederile Codului muncii privind sporurile obligatorii acordate salariaţilor şi de prevederile Codului fiscal privind contribuţiile la bugetele asigurărilor sociale şi la fondurile speciale, aşa cum susţine, în cadrul tabelului fiind inserate coloanele "*Salariu de bază*", *"Plăţi duble 19h Lună 100%"*, "*Spor de tură 15% 42 ore", "Total drepturi", "Cote datorate la buget 23,20%", "Tichete de masă"* şi "*Total general*".

Pe de altă parte, chiar dacă s-ar admite că s-a ţinut seama la realizarea calculului de prevederile Codului muncii şi Codului fiscal, faţă de susţinerile autorităţii contractante conform cărora a avut exclusiv în vedere aceste prevederi, dar şi faţă de calculul prezentat, Consiliul determină că autoritatea contractantă nu a luat în considerare şi elementele de cost pe care le presupune prestarea serviciului cu respectarea obligaţiilor impuse prin caietul de sarcini.

Un calcul din care să rezulte că la stabilirea valorii estimate au fost avute în vedere nu numai dispoziţiile legale incidente ci şi costurile pe care le presupune prestarea serviciului, observă Consiliul că nu a prezentat autoritatea contrcatantă nici în punctul de vedere cu privire la contestaţie.

Calculul pe care ar fi trebuit să-l efectueze autoritatea contractantă şi ar fi trebuit să se regăsească în nota privind determinarea valorii estimate, aşa cum corect rezultă şi din devizul prezentat de contestator, ar fi trebuit să conţină, pentru un agent de pază, următoarele categorii de cheltuieli:

- cheltuielile rezultate din prevederile Codul Muncii, cum ar fi spre exemplificare orele suplimentare, sporul de noapte, sporul de sărbători legale, sporul de repaus săptămânal etc.;

- cheltuieli rezultate din aplicarea prevederilor legislaţiei fiscale, cum ar fi CAS, CASS, şomaj etc.;
- cheltuielile directe cum ar fi spre exemplificare dotările (dispecerat, uniformă, ecuson, tonfă, lanternă, staţie pentru emisie-recepţie, telefoane etc.), costurile de medicina muncii, protecţia şi securitatea în muncă;
- cheltuielile indirecte;
- profit etc.

Cum autoritatea contractantă a inclus totuşi în cadrul estimării valorii totale a serviciului pentru o lună, o cotă de 2% cheltuieli indirecte şi o cotă de 5% profit, se impune o refacere a calculului fie de maniera arătată mai sus, fie aşa cum a procedat autoritatea contractantă (includerea celor două cote la estimarea valorii totale a serviciului pe o lună).

Astfel fiind, respectarea exclusivă a prevederile incidente din legislaţia muncii şi prevederilor Codului fiscal, în considerarea cărora susţine autoritatea contractantă că a acţionat, nu este suficientă, costul la care s-a ajuns, pentru un agent, fiind, pe cale de consecinţă, unul nereal, care nu este în acord cu exigenţele pe care le impune executarea contractului, motiv pentru care nici valoarea estimată nu poate fi considerată ca fiind una fundamentată.

Pe de altă parte, nu poate fi reţinut ca întemeiat nici calculul prezentat de contestator, decât sub aspectul includerii unor cheltuieli obligatoriu a fi fost avute în vedere de autoritatea contractantă, aceasta fiind cea care, în temeiul dispoziţiilor legale mai sus redate, are obligaţia stabilirii valorii estimate a contractului.

Invocarea principiului eficienţei utilizării fondurilor publice nu are relevanţă în cauză de vreme ce valoarea estimată a contractului se stabileşte de autoritatea contractantă faţă de ceea ce trebuie în mod real şi obiectiv plătit pentru indeplinirea acordului-cadru, iar nu cât s-ar dori a fi plătit fără să existe vreo bază a calculului.

În atare situaţie, valoarea estimată a acordului-cadru a fost stabilită cu ignorarea unor elemente de cost obligatoriu a fi fost luate în considerare, încălcându-se astfel prevederile legale mai sus evocate.

Consiliul stabileşte că determinarea eronată a valorii estimate are consecinţe asupra cerinţei vizând garanţia de participare, care se stabileşte prin raportare proporţională la valoarea estimată a contractului, precum şi asupra criteriilor de calificare.

Dat fiind faptul că în cauză se impune refacerea calculului şi stabilirea valorii estimate în raport cu prevederile legale şi exigenţele serviciului ce va fi prestat conform documentaţiei de atribuire, ceea ce implică refacerea notei privind determinarea valorii estimate a acordului-cadru, Consiliul, în temeiul art.26 alin.2 lit.c din Legea nr.101/2016, va admite, în parte, contestaţia şi va dispune anularea procedurii de atribuire. Capătul de cerere privind modificarea valorii estimate a contractului va fi respins, ca nefondat, de vreme ce se impune refacerea

actelor premergătoare iniţierii procedurii de atribuire, stabilirea valorii estimate a contractului având loc înainte de publicarea anunţului/invitaţiei de participare, după cum se prevede expres la art.12 din Legea nr.98/2016.

Cererea contestatorului de obligare a autorităţii contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluţionarea contestaţiei, va fi respinsă în condiţiile în care nu s-a făcut dovada efectuării unei asemenea cheltuieli.

Deciza este obligatorie, potrivit dispoziţiilor art. 28 alin. (1) din lege.

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

Admite, în parte, contestaţia formulată de către S.C. ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., anulează procedura de atribuire.

Respinge, ce nefondat, capătul de cerere privind obligarea … la modificarea valorii estimate a acordului-cadru.

Respinge cererea de obligarea … . la plata cheltuielilor ocazionate de soluţionarea contestaţiei.

Obligatorie.

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

PREŞEDINTE COMPLET, Membru, Membru,
. …

…..