CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Bucureşti, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745, 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 achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr.304/22.05.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., având adresa de corespondență în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CIF ..., reprezentată legal prin director general ... împotriva măsurilor de remediere dispuse la Notificarea prealabilă nr.300/19.05.2017, respectiv completarea la notificarea menționată având nr. 301/19.05.2017, de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ***"...*** (Rev.2), s-a solicitat: *„să admiteți în tot prezenta contestație, pronunțând o decizie prin care: să constatați admisibilă prezenta contestație și, procedând la examinarea din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actului atacat, să pronunțați o decizie prin care să anulați în tot lista de erate ale AC prin care aceasta modifică doar în parte documentația de atribuire prin revizuirea valorii estimate a contractului la o valoare subevaluată și să obligația astfel AC să respecte întocmai decizia CNSC în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dispoziția instanței competente în cauză*".

În luarea deciziei asupra cauzei de față,

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., depusă de SC ... SRL împotriva măsurilor de remediere dispuse la Notificarea prealabilă nr.300/19.05.2017 și completarea la aceasta, cu nr.301/19.05.2017, de către ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ***"..."***, s-a solicitat: *„să admiteți în tot prezenta contestație, pronunțând o decizie prin care: să constatați admisibilă prezenta contestație și, procedând la examinarea din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actului atacat, să pronunțați o decizie prin care să anulați în tot lista de erate ale AC prin care aceasta modifică doar în parte documentația de atribuire prin revizuirea valorii estimate a contractului la o valoare subevaluată și să obligația astfel AC să respecte întocmai decizia CNSC în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dispoziția instanței competente în cauză*".

În motivarea contestației, S.C. ... S.R.L. arată că, prin Notificarea prealabilă și completarea la aceasta, „a semnalat autorității contractante o încălcare flagrantă a legislației în materia dreptului muncii, legislației fiscale, legii societăților comerciale, a licitațiilor publice și a liberei concurențe, determinată, în principal, de neluarea în considerare și în întregime a deciziei C.N.S.C. nr.1002/C6/1055 din 05.05.2017".

Autorul contestației susține că, în fapt, prin eratele emise, autoritatea contractantă a pus în aplicare doar parțial decizia anterioară a C.N.S.C., în sensul că a modificat/remediat documentația de atribuire prin stabilirea unei valori estimate a contractului în sumă de 1.607.040 lei, fără TVA, sumă care, în opinia contestatorului, nu acoperă nici măcar costurile directe cu forța de muncă.

Totodată, SC ... SRL susține că autoritatea contractantă nu numai că nu a luat în seamă notificarea sa, cu completarea ulterioară, dar nu a ținut seama nici de decizia Consiliului prin care se dispunea, în mod justificat (la finalul documentului): „remedierea anunțului de participare nr.... și a documentației de atribuire, în sensul modificării valorii estimate și a eventualelor cerințe stabilite în raport cu aceasta, cu respectarea celor dispuse în motivare" (pag. 7 și 8).

Deși în motivarea deciziei C.N.S.C. și, implicit, în întreg conținutul acesteia se face precizarea clară că „în stabilirea tarifelor se impunea ca autoritatea contractantă să ia în considerare toate cheltuielile necesare ducerii la îndeplinire a contractului de achiziție publică, cum ar fi, de exemplu: cheltuielile rezultate din prev. CM, (...), cheltuielile directe, (...), cheltuielile indirecte, profit, etc." (pag. 6 din decizia C.N.S.C. nr. 1002/C6/1055 din 05.05.2017), aspecte invocate inclusiv în Notificarea prealabilă, autoritatea contractantă nu a ținut seama de acestea.

Anunțul revizuit de tip erată cu nr...., postat în SEAP, în data de 16.05.2017, ora 14.17, după cum se arată, nu respectă decizia C.N.S.C., în sensul că, dacă noua valoare a contractului de 1.607.040 lei, fără TVA, se raportează la totalul de posturi permanente (5 posturi permanente) și la totalul orelor prestate previzionate pentru 36 de luni (3 ani) de 131.400, rezultă un tarif orar de numai 12,23 lei/om/oră,

tarif care nu acoperă nici măcar costul direct cu forța de muncă în condițiile respectării întocmai a legislației muncii, fiscale și a societăților comerciale, în vigoare.

Autorul contestației menționează că valoarea reală a tarifului, determinată strict numai pentru respectarea legislației muncii și fiscale, astfel cum rezultă din analiza de calcul, probele și documentele emise de către entități autorizate (notificarea prealabilă și contestația SC ...SRL, respectiv Decizia C.N.S.C. nr...., Notificarea prealabilă nr.300/19.05.2017 și completarea la aceasta, cu nr.301/19.05.2017 formulate de SC ... SRL) este de minim 12,88 lei/oră sau 12,96 lei/oră, astfel cum rezultă din fundamentarea tarifului anexat la Notificarea prealabilă, fără alte cheltuieli, și anume:

- costuri materiale directe implicate, care nu pot fi mai mici de 5% (echipament, uniforme, bastoane, tonfe, stații, telefoane mobile, medicina muncii, pregătirea profesională, instruiri legale periodice prestate de către formatori autorizați, registre – formulare speciale, etc.);
- costuri indirecte aplicate, care nu pot fi mai mici de 10%, având în vederea mărimea dispozitivului de pază, numărul de posturi, distanțele între obiectivele păzite și cerințele caietului de sarcini;
- profit.

Având în vedere cele expuse, autorul contestației conchide: „nu putem înțelege aceste omisiuni ale autorității contractante, determinându-ne astfel să avem suspiciuni asupra transparenței și modului de lucru al acestei instituții, considerând fie că este vorba de o neglijență și/sau abuz în serviciu, abatere profesională a vreunui funcționar public, ori, prin asemenea inacțiuni ale unor funcționari publici cu competențe și atribuții în domeniul achizițiilor publice din cadrul autorității contractante sunt încălcate art.2 alin.2, art.11 alin.1 și 2, art.49, art.50 alin.1 și 2, art.224 alin.1 lit. a, b și d, art.227 alin.1, 2 și 3 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice”.

Contestatorul precizează că își susține depoziția și demersurile pe care urmează a le efectua, întrucât, în cazul în care autoritatea contractantă nu își revizuiește documentația de atribuire în termenii și condițiile prevăzute de lege, există riscul iminent ca SC ... SRL să fie descalificată din procedură în situația în care va oferta un preț mai mare decât actuala valoare estimată, chiar dacă prețul ofertat va fi cel normal, având în componența sa toate costurile/cheltuielile reale implicate.

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

Prin punctul de vedere nr.17253/07.06.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. ... a precizat următoarele: „urmare a deciziei C.N.S.C. nr...., prin care s-au dispus măsuri de remediere a anunțului de participare nr.... și a documentației de atribuire, în sensul modificării valorii estimate, vă informăm că autoritatea contractantă a respectat măsura de remediere a procedurii, publicând în SEAP erata nr....”.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că procedura de achiziție pentru serviciile de pază a obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor este publicată în SEAP cu nr...., iar, prin adresa nr.11880/19.04.2017, a înaintat dosarul achiziției publice și punctul de vedere pentru aceeași procedură contestată.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ***"...*** (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr....

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 1.205.280 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut".

Împotriva documentației de atribuire, S.C. ... S.R.L. a depus contestație, admisă prin Decizia C.N.S.C. nr...., autoritatea contractantă fiind obligată la *„(...) remedierea anunțului de participare nr.174187/ 29.03.2017 și a documentației de atribuire, în sensul modificării valorii estimate și a eventualelor cerințe stabilite în raport cu aceasta, cu respectarea celor dispuse în motivare. (...)"*

Aplicând decizia C.N.S.C., autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de tip erată nr...., prin care a modificat valoarea estimată a acordului-cadru.

Împotriva anunțului de tip erată menționat, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, S.C. ... S.R.L. a depus prezenta contestație.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

S.C. ... S.R.L. critică valoarea estimată a acordului-cadru, de 1.607.040 lei, fără TVA, susținând că tariful de 12,23 lei/oră este unul stabilit cu nesocotirea deciziei C.N.S.C. nr....

În soluționare, Consiliu reține că prin decizia sa anterioară, având nr.... pronunțată în dosarul nr...., a fost soluționată contestația formulată de S.C. ... S.R.L. împotriva cuantumului valorii estimate a acordului-cadru, de 1.205.280 lei, fără TVA, reprezentând un tarif de 9,10 lei/oră.

Așadar, contestatorul de față apreciază a fi insuficient și acest ultim cuantum al valorii estimate a acordului-cadru, calculat de autoritatea contractantă în urma deciziei anterioare a C.N.S.C., solicitând o nouă modificare în sensul majorării acesteia, astfel încât să se ajungă la un tarif de peste 12,96 lei/oră.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că autoritatea contractantă nu a transmis un calcul justificativ al noii valori estimate a acordului-cadru, implicit a tarifului de 12,23 lei/oră, și nici nu a formulat un punct de vedere cu privire la contestația de față, ceea ce ar echivala cu o achiesare la pretențiile contestatorului.

Efectuând totuși verificările ce se impun, se reține că, prin decizia anterioară, s-a dispus:

„Admite contestația depusă de SC ... SRL, (...), în contradictoriu cu ... ..., (...), dispune remedierea anunțului de participare nr.174187/29.03.2017 și a documentației de atribuire, în sensul modificării valorii estimate și a eventualelor cerințe stabilite în raport cu aceasta, cu respectarea celor dispuse în motivare.

Remedierile aduse, publicarea lor în SEAP și stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, se vor face în termen de 10 zile de la primirea prezentei. (...)"

Pentru a decide astfel Consiliul a avut în vedere următoarele considerente:

„În analiza criticii contestatorului, Consiliul se va raporta la următoarele dispoziţii legale:

- H.G. nr.1/2017 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe ţară garantat în plată, art. 1 – „Începând cu data de 1 februarie 2017, salariul de bază minim brut pe ţară garantat în plată, sumă stabilită în bani care nu include sporuri şi alte adaosuri, se stabileşte la 1.450 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 166,00 ore, în medie, pe lună, în anul 2017, reprezentând 8,735 lei/oră."

- Codul muncii, art.112 – „Pentru salariaţii angajaţi cu normă întreagă durata normală a timpului de muncă este de 8 ore pe zi şi de 40 de ore pe săptămână"; art.113 alin.2 – „În funcţie de specificul unităţii sau al muncii prestate, se poate opta şi pentru o repartizare inegală a timpului de muncă, cu respectarea duratei normale a timpului de muncă de 40 de ore pe săptămână"; art.114 alin.1 – „Durata maximă legală a timpului de muncă nu poate depăşi 48 de ore pe săptămână, inclusiv orele suplimentare"; art.115 alin.2 – „Durata zilnică a timpului de muncă de 12 ore va fi urmată de o perioadă de repaus de 24 de ore"; art. 122 alin.1 – „Munca suplimentară se compensează prin ore libere plătite în următoarele 60 de zile calendaristice după efectuarea acesteia"; art.123 – „În cazul în care compensarea prin ore libere plătite nu este posibilă în termenul prevăzut de art.122 alin.1 în luna următoare, munca suplimentară va fi plătită salariatului prin adăugarea unui spor la salariu corespunzător duratei acesteia. 2 Sporul pentru munca suplimentară, acordat în condiţiile prevăzute la alin.1, se stabileşte prin negociere, în cadrul contractului colectiv de muncă sau, după caz, al contractului individual de muncă, şi nu poate fi mai mic de 75% din salariul de bază"; art.125 – „Munca prestată între orele 22,00-6,00 este considerată muncă de noapte"; art.126 – „Salariaţii de noapte beneficiază: a) fie de program de lucru redus cu o oră faţă de durata normală a zilei de muncă, pentru zilele în care efectuează cel puţin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază; b) fie de un spor pentru munca prestată în timpul nopţii de 25% din salariul de bază, dacă timpul astfel lucrat reprezintă cel puţin 3 ore de noapte din timpul normal de lucru"; art.142 alin.2 – „În cazul în care, din motive justificate, nu se acordă zile libere, salariaţii 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".

Consiliul are în vedere efectivul de pază, corespunzător precizărilor caietului de sarcini, astfel:

- *Obiectivul din Str.Găgeni nr.100:*
  - *Poarta 1 – 2 posturi*
  - *U.P.U – 1 post*
  - *Intrare vizitatori – 1 post*

  Posturi permanate 24/24, 7 zile, 12 luni;

-Obiectivul din Str.Buna Vestire:

●Poarta – 1 post

Post permanent 24/24, 7 zile, 12 luni.

Se reţine astfel că serviciile de pază din obiectul contractului se vor presta prin intermediul a 5 posturi permanente (24/24 ore, 365 zile/an).

Procedând la realizarea unui calcul sumar al tarifului orar minimal ce trebuie asigurat de către un angajator pentru remunerarea unui agent de pază, Consiliul reţine că tariful orar aferent salariului de bază minim brut pe ţară garantat în plată

*conform H.G. nr.1/2017 este de **8,735 lei/oră**, iar cotele de contribuţii în vigoare datorate de angajator bugetelor componente ale bugetului consolidat conform Codului fiscal sunt următoarele:*

*- contribuţii de asigurări sociale - **15,8%** (Art.138. - Cotele de contribuţii de asigurări sociale datorate bugetului asigurărilor sociale de stat);*

*- asigurări sociale de sănătate - **5,2%** (Art.156. - Cotele de contribuţii de asigurări sociale de sănătate);*

*- asigurări pentru şomaj - **0,5%** (Art.186. - Cotele de contribuţii de asigurări pentru şomaj);*

*- concedii şi indemnizaţii de asigurări sociale de sănătate - **0,85%** (Art.194. - Cota de contribuţie pentru concedii şi indemnizaţii de asigurări sociale de sănătate);*

*- asigurare pentru accidente de muncă şi boli profesionale - **0,205%** (CAEN 8010 - Activităţi de protecţie şi gardă). Art.203. - Cotele de contribuţie de asigurare pentru accidente de muncă şi boli profesionale (1) Cota de contribuţie de asigurare pentru accidente de muncă şi boli profesionale este cuprinsă între 0,15% şi 0,85%, diferenţiată în funcţie de clasa de risc, conform legii.*

Clasa de risc reprezintă gradul de risc de accidentare în muncă și de îmbolnăvire profesională, fiind definită de HG nr.144/2008, care aprobă Normele metodologice de calcul al contribuției de asigurare pentru accidente de muncă și boli profesionale. Clasele de risc se stabilesc pe categorii de activități ale economiei naționale, iar fiecărei clase îi corespunde un tarif de risc pentru accidente de munca și boli profesionale. Practic, în baza tarifului de risc se calculează contribuția pentru accidente de munca și boli profesionale datorată de angajator bugetului asigurărilor sociale de stat;

*- contribuţie la Fondul de garantare pentru plata creanţelor salariale - **0,25%** (Art.211. - Cota de contribuţie la Fondul de garantare pentru plata creanţelor salariale).*

*Total = **22,8%** din tariful minim orar garantat în plată, reprezentând **1,99 lei/oră/agent**.*

*Astfel, numai din însumarea componentelor detaliate în cele ce preced, rezultă un tarif minim de **10,725 lei/oră,** deci peste nivelul de 9,17 lei/oră avut în vedere de autoritatea contractantă.*

*În plus față de cele prezentate, Consiliul apreciază că natura permanentă a serviciilor solicitate de autoritatea contractantă, impunea luarea în considerare, în stabilirea tarifelor **a tuturor cheltuielilor necesare ducerii la îndeplinire a contractului de achiziţie publică**, cum ar fi spre exemplu:*

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

Consiliul nu reține în soluționare susținerile autorității contractante conform cărora la stabilirea valorii estimate a acordului-cadru a luat în considerare prețurile estimate din contractele anterioare și studiul de piață realizat prin intermediul catalogului electronic din SEAP, deoarece, față de ceea ce urmează a fi prestat, în mod concret, în baza acordului-cadru ce se va încheia, orice tarif mai mic decât cel de mai sus nu poate fi decât unul stabilit cu încălcarea prevederilor legale incidente.

Totodată, trebuie avut în vedere, de către autoritatea contractantă, că la stabilirea valorii estimate se iau în considerare nu numai prevederile legale din materia achizițiilor publice, ci și cele din legislația muncii și cea fiscală, așa cum corect susține contestatorul, ignorarea acestora putând conduce la acceptarea unor prețuri calculate în baza unor tarife orare care nu respectă prevederile legale. Or,

ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanţi în scopul realizării obiectului contractului, astfel că preţul nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un element esenţial al propunerii tehnice şi financiare a cărui realitate şi sustenabilitate trebuie urmărită de autoritatea contractantă.

Având în vedere cele anterior analizate, Consiliul determină că la stabilirea valorii estimate a acordului – cadru ce urmează a fi încheiat, de 1.205.280 lei, fără TVA, autoritatea contractantă nu a avut în vedere toate sumele plătibile, încălcându-se astfel prevederile legale mai sus evocate.

*Stabilind eronat valorea estimată, autoritatea contractantă a încălcat dispoziţiile exprese ale Legii nr.98/2016, art.9 alin.1 -„Autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentația de achiziție.", art.12 - „**Valoarea estimată a achiziției se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire. Inițierea procedurii de atribuire se realizează prin una dintre următoarele modalități: a) transmiterea spre publicare a anunțului de participare,** (...)" și art.14 – „**În cazul acordului-cadru** sau al sistemului dinamic de achiziții, **valoarea estimată a achiziției se consideră a fi valoarea maximă estimată, fără TVA, a tuturor contractelor de achiziție publică subsecvente care se anticipează că vor fi atribuite în baza acordului-cadru** sau prin utilizarea sistemului dinamic de achiziții pe întraga sa durată."*

În condițiile date, Consiliul stabilește că incorecta determinare şi publicare a valorii estimate a contractului, cu consecinţele reţinute în cele ce preced, poate constitui subiectul unor măsuri de remediere, măsurile dispuse trebuind aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea acestora în SEAP și stabilirea unui termen corespunzător pentru depunerea și deschiderea ofertelor.

Față de considerentele din decizia anterioară și având în vedere, totodată, calculul prezentat de contestator în cadrul notificării prealabile, Consiliul apreciază că, în raport cu ceea ce urmează a fi efectiv prestat, tariful de 12,13 lei/oră este stabilit cu nesocotirea prevederilor legislației muncii, a celei fiscale dar și a caracterului oneros al contractului de achiziție publică, contract ce se încheie în scopul obținerii de profit, iar nu pentru a înregistra pierderi.

De asemenea, nu poate fi ignorat faptul că ofertarea unui tarif care îl depășește pe cel estimat de autoritatea contractantă atrage incidența dispozițiilor art.137 alin.2 lit.e din H.G. nr.395/2016, respectiv oferta se respinge, ca inacceptabilă, ceea ce conduce la concluzia că, în mod evident, ofertanții trebuie să ofere tarife mai mici decât tariful maxim estimat.

Astfel, tarifele ce se vor oferi vor fi stabilite cu încălcarea prevederilor legale susenunțate, conduită impusă tocmai de autoritatea contractantă care are obligația de a se asigura că tarifele oferite sunt sustenabile și în acord cu dispozițiile legale incidente.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul admite contestația și dispune modificarea anunțului de participare nr…. și a documentației de atribuire, în sensul modificării valorii estimate și a eventualelor cerințe stabilite în raport cu aceasta, cu respectarea celor dispuse în motivare, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. Modificările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în

SEAP și stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, care să permită elaborarea ofertelor în mod corespunzător.

Decizia este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ... SRL, cu sediul în ...., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., dispune remedierea anunțului de participare nr….. și a documentației de atribuire, în sensul modificării valorii estimate și a eventualelor cerințe stabilite în raport cu aceasta, cu respectarea celor dispuse în motivare.

Remedierile aduse, publicarea lor în SEAP și stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, se vor face în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

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

Preşedinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

Redacată în 4 exemplare originale, conține 8 pagini.