

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21915/29.04.2022, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii proprii online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Servicii de pază, protecție și monitorizarea sistemelor de alarmare împotriva efracției*”, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 7374/28.04.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii,
- obligarea autorității contractante să dispună măsurile de remediere în vederea restabilirii legalității în procedura de atribuire conform anunțului de participare nr. 6841/13.02.2022 publicat pe site-ul institutiei, 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:**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21915/29.04.2022, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei SC ... cu tariful orar de 17,02 lei/ora fără TVA, respectiv valoarea totală 969.118,80, iar pe locul doi, oferta SC ... SRL cu valoarea 1.021.722,60, pe care le consideră ca fiind netemeinice.

Contestatoarea menționează că în urma procesului de evaluare a ofertelor și a aplicării criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut", oferta

declarată câștigătoare a fost ... cu tariful orar de 17,02 lei/ora fără TVA, respectiv valoarea totală 969.118,80 lei fără TVA, locul 2 ... SRL cu valoarea 1.021.722,60 -17,94 lei/ora, locul 3 ... SRL 1.026.190,20 lei - 18,02 lei/ora fără TVA.

SC ... SRL menționează că nu a avut acces la oferta operatorului economic declarat câștigător, autoritatea contractantă punându-i la dispoziție doar oferta SC ... SRL, clasată pe locul 2, deși în dosar se regăsea o declarație de confidențialitate având același format ca al operatorului economic declarat câștigător, ..., fiind astfel incidente art. 49 din Legea nr. 98/2016.

Conform procesului-verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și factorii de evaluare nr. 7337/21.04.2022 au fost formulate trei solicitări de clarificări către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL.

În cuprinsul acestor solicitări de clarificări, comisia de evaluare face precizarea că acești operatori economici nu au depus "Diplomă operator cu protecția datelor cu caracter personal, termen de depunere 21.04.2022 ora 10:00", solicitată prin documentația de atribuire ca și cerință de participare.

SC ... SRL răspunde la această solicitare de clarificări depunând un contract de colaborare în vederea îndeplinirii cerinței solicitate de către autoritatea contractantă și anume de a prezenta o Diplomă operator cu protecția datelor cu caracter personal, iar SC ... SRL aceasta a depus pentru ea, iar pentru subcontractant nefiind necesară.

Conform Cap.VII.pct.2. din caietul de sarcini "Prestatorul trebuie să asigure paza bunurilor și valorilor și protecția persoanelor conform instrucțiunilor de pază primite de la reprezentanții autorizați ai achizitorului și să asigure integritatea acestora, cu respectarea consemnelor generale și particulare, precum și prezentarea calificării unui responsabil cu protecția datelor cu caracter personal"

Astfel, prezentarea calificării unui responsabil cu protecția datelor cu caracter personal constituie parte integrantă a serviciilor de pază care fac obiectul contractului de servicii având în vedere interacțiunea agenților de securitate ce urmează a accesa aceste date cu caracter personal prin control-accesul pe care îl efectuează zilnic al pacienților ce tranzitează instituția iar prestarea acestor servicii de către un alt operator economic constituie „subcontractare”, conform următoarelor prevederi ale Legii nr.98/2016.

Dat fiind că ... a ales să presteze o parte din serviciile ce fac obiectul prezentului contract printr-o altă societate comercială, avea obligația de a declara/depune pentru subcontractant, în cadrul procedurii de atribuire, această societate ca fiind subcontractant, situație în care societatea ce urma a presta serviciile GDPR avea obligația completării și depunerii următoarelor conform condițiilor de participare din anunțul de publicitate al autorității contractante:

- Acordul de subcontractare cu partea din contract ce urmează a fi îndeplinită de către acesta, proporția din contract ce urmează a fi subcontractată;
- Dovada neîncadrării în situațiile prevăzute la art. 51, 59, 60, 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;
- Certificatele de atestare fiscală din care să reiasă că nu are datorii restante la momentul acestora la bugetul consolidat de stat, respectiv bugetul local;
- Cazierul Judiciar pentru societate și al membrilor conform ONRC;
- Certificat ONRC;
- Licențe/diplome,

precum și deținerea de către acesta a tuturor certificatelor ISO solicitate în procedură conform cap. III. CERINȚE SPECIFICE PRESTAȚIEI IMPUSE OFERTANTILOR, pct.3. *"Dovada implementării sistemului de management al calității conform SR EN ISO 9001:2015, sistemului de management al sănătății și securității în muncă ISO 45001:2018, sistemul de management al securității informației ISO 27001:2013, certificat pentru recunoașterea sistemului de management al serviciilor de pază BS7499:2020 sau echivalent, prin prezentarea unor certificate valabile emise de organisme de certificare acreditate sau alte probe/dovezi care confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității (pentru cazurile specifice prevăzute de lege)."*

La fel ca în cazul operatorului economic clasat pe primul loc ... și operatorul clasat pe locul al doilea ... SRL pentru îndeplinirea cerințelor de monitorizare/intervenție/instalare sisteme de securitate a venit cu un subcontractant pentru care nu a depus toate documentele mai sus arătate.

Astfel având în vedere cele antemenționate, oferta ... și ... SRL trebuiau a fi respinse ca fiind neconforme/inacceptabile conform art. 137 din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește propunerea financiară a operatorului SC ... SRL oferta declarată câștigătoare cu tariful orar de 17,02 lei/ora fără TVA, contestatoarea apreciază că acesta și-a redus artificial tariful minim legal care poate fi oferat 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 53/2003 - Codul muncii și de legislația în vigoare în domeniul salarizării având în vedere următoarele:

Conform caietului de sarcini cap. VI. Propunerea tehnică și financiară pct. 4 *"Propunerea financiară va conține în mod obligatoriu, fundamentarea tarifului orar/post, astfel:*

- salariu;
- taxe salariu;
- alte cheltuieli.

În cazul în care, ofertanții beneficiază de ajutoare de stat/subvenții, aceștia trebuie să prezinte convențiile încheiate, aflate în curs de derulare, numărul de persoane încadrate în muncă, sumele ce urmează a fi încasate aferente acestora, precum și dovada că aceste persoane mai sunt angajate/aflate în plată, declarație de disponibilitate, dar și alte documente care stau la baza acestora".

Astfel ... având în vedere prețul ofertat, se presupune că a folosit subvenții pentru diminuarea tarifului ofertat, respectiv avea obligația de a depune toate documentele solicitate prin documentația de atribuire.

Practica asocierii ... este de a folosi aceleași subvenții în toate procedurile, în acest sens, trebuie avut în vedere faptul că ofertanții nu pot folosi Convențiile pe care le încheie cu A.J.O.F.M. în toate procedurile de atribuire la care participă în justificarea unor prețuri neobișnuit de scăzute ofertate și să se aibă în vedere faptul că societatea comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un singur ajutor, valoare care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează munca respectivul salariat. Aceste convenții prin care statul oferă anumite facilități fiscale, nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare pentru mai multe contracte care urmează a fi încheiate de operatori, având în vedere că acestea se acordă pentru anumite persoane care vor presta munca și care nu pot încălca prevederile Codului Muncii.

Astfel, Integra Guard a folosit următoarele subvenții în contractele ce au fost încheiate în baza diminuării tarifelor ofertate după cum urmează:

- Gradina Zoologică (SCN1097699) Dispoziția/Convenția nr. 102 din 04.11.2021 - 46 șomeri = personalul alocat contractului;
- DGRFP BUCUREȘTI ce a făcut obiectul Dosarului nr. 3399/C2 unde Decizia a rămas definitivă, iar ... SRL a rămas câștigătoare în urma folosirii personalului subvenționat;
- Conventia nr. 61/26.10.2021 - 24 șomeri
- Conventia nr. 45/19.10.2021 - 6 someri
- Conventia nr. 36/15.10.2021 - 20 someri
- Conventia nr. 33/15.10.2021 - 11 someri
- UNIVERSITATEA NATIONALA DE MUZICA, ADV1272510 din data de 22.02.2022 publicat în SEAP, Decizia CNSC nr. ... din data 14.04.2022:

1. Convenția nr. 145/01.09.2021 emisă de către Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București și tabelul cu persoanele pentru care li s-a aprobat acordarea subvenției și Dispoziția nr. 145/01.09.2021 privind stabilirea drepturilor prevăzute de art. 85 din Legea nr. 76/2002.

2. Convenția nr. 102/04.11.2021 emisă de către Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București și tabelul cu persoanele pentru care li s-a aprobat acordarea subvenției și

Dispoziția nr. 102/04.11.2021 privind stabilirea drepturilor prevăzute de art. 85 din Legea nr. 76/2002.

3. Convenția 206/10.12.2021 emisă de către Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București și tabelul cu persoanele pentru care li s-a aprobat acordarea subvenției și Dispoziția nr. 206/10.12.2021 privind stabilirea drepturilor prevăzute de art. 85 din Legea nr. 76/2002.

- Achiziție sectorială organizată de către POSTA ROMÂNĂ SA, Decizia CNSC nr. ... din 25.03.2022 câștigată prin folosirea următoarelor Convenții: nr.166/26.11.2021; nr. 168/26.11.2021; nr. 172/26.11.2021; nr. 189/08.12.2021; nr. 194/08.12.2021.

- ADMINISTRATIA SPITALELOR SI SERVICIILOR MEDICALE BUCURESTI, cnf. anunt nr.10522/12.04.2022 unde Integra Guard a câștigat procedura cu tariful 15,46 lei/ora/agent.

În ceea ce privește operatorul clasat pe locul 2 conform fundamentării tarifului prezentat pentru sporul de noapte la posturile permanente, mai exact diminuarea artificială a acestuia printr-un artificiu de calcul prevalându-se de o compensare conform art. 126.a), Codului Muncii, contestatoarea invederează următoarele:

În vederea utilizării prevederilor Codului Muncii lit a), operatorul economic clasat pe locul 2 trebuia să ia în considerare ora liberă platită în cuantum de 15,239 lei/ora, mai exact totalul de ore rezultat pe întreaga perioadă, dar totodată și utilizarea de personal suplimentar pentru acoperirea efectivului de pază.

Rationamentul prezentat anterior se regăsește în Decizia nr. 1096/22.09.2021 a Curții de Apel Ploiești.

Astfel tariful orar corect pentru acordarea sporului de noapte era 1,27 lei/ora fără TVA (8 ore noapte x 365 zile x 3 posturi x 15,239 lei/ora x 25% : 26.280 ore).

Totodată operatorii economici participanți trebuiau să facă dovada sau să includă cheltuiala privind implementarea sistemelor de securitate solicitate prin documentația de atribuire.

Cuprinderea sumei de 0,04 lei/ora, respectiv 0,02 lei/ora sunt cu mult subdimensionate pentru acoperirea acestora, sau mai mult decât atât în vederea acoperirii cheltuielilor privind logistica (echipamente/ registre /tomfe/ spray/ telefoane, combustibil etc)

Contestatoarea apreciază că oferta operatorilor economici clasați pe locul 1 și 2 și-au redus artificial tariful minim legal care poate fi oferat 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 - Codul muncii și de legislația în vigoare în domeniul salarizării precum și prevederile în vigoare în materia achizițiilor publice.

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 respectiv, precum și să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din lege. 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 constata 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 condiții 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

proponerile 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.

Prețul oferit de SC ... SRL în procedură a fost unul conform legislației în vigoare incluzând în prețul ofertat, cheltuieli administrative, în conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă a depus în copie, dosarul achiziției anexat punctului de vedere nr. 7873/03.05.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. 22717/04.05.2022, prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SRL ca neîntemeiată.

În principal, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației pentru neîndeplinirea condiției obligatorii a depunerii cauțiunii în sumă de 13.010,088 lei conform dispozițiilor art. 61 indice 1 din Legea nr. 101/2016, respectiv 2% din valoarea estimată a contractului, respectiv 650.504,40 lei.

Cu privire la critica privind neîndeplinirea condiției existenței unei persoane care să dețină diplomă operator cu protecția datelor cu caracter personal, autoritatea contractantă solicită respingerea acestui argument ca neîntemeiat întrucât la dosarul cauzei câștigătorul procedurii a depus o astfel de dovadă, respectiv un contract de colaborare. Convențiile de colaborare sunt posibile și nu sunt de natură a afecta buna desfășurare a contractului.

Referitor la critica contestatoarei conform căreia câștigătoarea procedurii, SC ... SRL ar depune aceleași convenții din care ar rezulta că beneficiază de ajutoare de stat/subvenții, cu consecința promovării unei propuneri financiare nerealiste, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată întrucât contestatoarea nu a dovedit cele susținute.

Întrucât potrivit Codului de procedură civilă cu care se completează prevederile Legi nr. 101/2016 sarcina probei revine contestatorului, celui care a făcut susținerea și având în vedere că acesta nu a putut-o proba, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, invocând în acest sens Decizia Consiliului nr. ... din 03.08.2021.

Prin adresa nr.920/11.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 24443/12.05.2022, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, în care menționează că deși a transmis pentru celeritate, autorității contractante, contestația, în data de 29.04.2022 prin posta electronică, autoritatea contractantă a semnat contractul fără

a țină cont de termenele legale de comunicare/contestare și de faptul că la momentul semnării se promovase o contestație.

Față de acest aspect, în conformitate cu art. 58 din Legea nr. 101/2016 contestatoarea solicită constatarea nulității absolute a contractului încheiat între ... și SC ... SRL.

Conform procesului-verbal al ședinței de deschidere al ofertelor nr. 7261/20.04.2022, în tabelul de matrice de conformitate al documentelor depuse de fiecare operator economic, pag. 61-63 din dosar, la "*Capacitatea de exercitare a activității profesionale*" punct nr. 8 din table "Diploma operator cu protecția datelor cu caracter personal", în afară de SC ... SRL niciun operator economic nu a îndeplinit în totalitate această cerință, mai exact ... și ... clasate pe primele două locuri nu îndeplinesc această cerință.

În măsura în care cei doi operatori economici din speța de față nu au solicitat clarificări cu privire la această cerință din documentația de atribuire și nici nu a fost contestată cerința, aceasta rămâne obligatorie pentru toți participanții și trebuie îndeplinită ca atare, astfel ofertele celor doi operatori economici trebuiau respinse ca fiind neconforme/inacceptabile conform art. 215, alin. 4) al Legii nr. 98/2016.

În ceea ce privește oferta financiară a operatorului economic declarat câștigător Integra Guard a utilizat Convenții în vederea diminuării tarifului ofertat.

Contestatoarea a identificat Conventia nr.102/04.11.2021 în speța de față, precum și în alte proceduri în care Integra Guard a câștigat procedura/semnat contractul sau încă nu au fost finalizate.

- Gradina Zoologică (SCN1097699) Dispoziția/Convenția nr. 102 din 04.11.2021 - 46 șomeri = personalul alocat contractului.

- UNIVERSITATEA NAȚIONALĂ DE MUZICĂ ADV1272510 din data de 22.02.2022, Decizia CNSC nr. 806/C9/714 din data 14.04.2022 Dispoziția/Convenția nr. 102 din 04.11.2021.

Totodată având în vedere utilizarea personalului subvenționat, în documentația de atribuire conform pct 4.

„Propunerea financiară va conține în mod obligatoriu, fundamentarea tarifului orar/post, astfel:

- salariu;
- taxe salariu;
- alte cheltuieli.

În cazul în care, ofertanții beneficiază de ajutoare de stat/subvenții, aceștia trebuie să prezinte convențiile încheiate, aflate în curs de derulare, numărul de persoane încadrate în muncă, sumele ce urmează a fi încasate aferente acestora, precum și dovada că aceste persoane mai sunt angajate/aflate în plată, declarație de disponibilitate, dar și alte documente care stau la baza acestora".

Analizând documentele depuse de către operatorul declarat câștigător, nu se regasesc "declarațiile de disponibilitate", comisia de

evaluare neglijând acest aspect deși l-a solicitat prin documentația de atribuire.

Personalul propus subvenționat pe care acest operator economic este obligat să îl utilizeze pentru prestația efectivă a contractului, conform rapoartelor revisal, au domiciliu în Județele Neamț, Iași, Bacău, Argeș, Galați, Prahova, astfel pentru aceștia trebuiau alocate costuri cu deplasarea, precum și cu diurna, cheltuielile cu deplasarea trebuie incluse în tarifele ofertate, conform Codului Muncii art.44, alin.2) *"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 cazul de față, persoanele subvenționate sunt din alte județe, iar acestea nu beneficiază de cazare, s-ar înțelege că acestea se vor deplasa de la domiciliu (aflat la sute de km, care se vor parcurge în nr. ore), la locul de prestare a serviciului. În aceste condiții, autoritatea contractantă trebuia să analizeze modul în care agenții vor putea îndeplini contractul, sub aspectul capacității lor de a fi vigilenți la obiectivele de pază, după nr. ore petrecute pe drum, dus-întors.

Chiar dacă respectivii salariați nu vor fi detașați și nici cazați local, faptul că ei sunt mutați dintr-o localitate în alta, aflată la distanță considerabilă, trebuia să li se aplice clauza de mobilitate, conform Codului Muncii: *„Art. 25. - (1) Prin clauza de mobilitate părțile în contractul individual de muncă stabilesc că, în considerarea specificului muncii, executarea obligațiilor de serviciu de către salariat nu se realizează într- un loc stabil de muncă. În acest caz salariatul beneficiază de prestații suplimentare în bani sau în natură."*

2) Cuantumul prestațiilor suplimentare în bani sau modalitățile prestațiilor suplimentare în natură sunt specificate în contractul individual de muncă."

Conform extraselor de revisal prezentate de ... ce face dovada domiciliului agenților subvenționați din județele Neamț, Iași, Bacău, Argeș, Galați, Prahova, distanța dintre județul de domiciliu și locația de prestație este de ex. Iași-București 383 km, Neamț-București 347 km, etc.

Având în vedere faptul că operatorul economic declarat câștigător nu a inclus aceste cheltuieli se presupune că agenții de securitate vor suporta din propriul buzunar aceste cheltuieli deci, agenții de pază vor trebui să plătească, din venitul net, de 1529 lei (aferent salariului brut declarat în ofertă, 2550 lei) cheltuieli cu transportul, diurna și, eventual, cazare. Or, salariul reprezintă suma pe care o primește un angajat pentru munca prestată, conform definiției de la art. 159 din Codul Muncii:

(1) Salariul reprezintă contraprestația muncii depuse de salariat în baza contractului individual de muncă.

(2) Pentru munca prestată în baza contractului individual de muncă fiecare salariat are dreptul la un salariu exprimat în bani.

Se deduce că agenții vor presta activitatea de pază și vor primi salariul doar dacă vor suporta toate costurile de deplasare (transport, cazare, diurnă).

Întrucât agenții vor aloca din salariu o sumă pentru cheltuieli ce trebuie suportate de ofertant, se deduce că salariații nu vor beneficia nici măcar de venitul minim pe economie, contrar dispoziției de la art. 164 din Codul Muncii:

(1) Salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, corespunzător programului normal de muncă, se stabilește prin hotărâre a Guvernului, după consultarea sindicatelor și a patronatelor. În cazul în care programul normal de muncă este, potrivit legii, mai mic de 8 ore zilnic, salariul de bază minim brut orar se calculează prin raportarea salariului de bază minim brut pe țară la numărul mediu de ore lunar potrivit programului legal de lucru aprobat.

(2) Angajatorul nu poate negocia și stabili salarii de bază prin contractul individual de muncă sub salariul de bază minim brut orar pe țară.

(3) Angajatorul este obligat să garanteze în plată un salariu brut lunar cel puțin egal cu salariul de bază minim brut pe țară. Aceste dispoziții se aplică și în cazul în care salariatul este prezent la lucru, în cadrul programului, dar nu poate să își desfășoare activitatea din motive neimputabile acestuia, cu excepția grevei.

(4) Salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată este adus la cunoștința salariaților prin grija angajatorului.

Toate costurile aferente deplasării unui agent de la județul de domiciliu, Iași-București 383 km, Neamț-București 347 km, etc. către obiectivul de pază, ar fi mai mari decât venitul net al agentului. Ceea ce înseamnă că agenții ar presta benevol/voluntar activitatea de pază. Mai ales că, la rândul ei, ofertanta recuperează costurile aferente serviciilor de pază de la autoritatea contractantă.

Mai mult, unii dintre agenți ar fi obligați să parcurgă, zilnic aprox 383 km dus-intors ceea ce înseamnă că, timp de 10 ore, vor fi pe drum, dacă l-ar parcurge cu un mijloc auto de transport. Sub acest aspect, se ridică întrebarea privind posibilitatea prestării, zilnic, a 8/12 ore de pază, după 10 ore de drum, din 24 de ore ale unei zile. Or, comisia de evaluare nu a făcut nicio analiză nici sub acest aspect a propunerii tehnice.

O astfel de oferta ar fi trebuit apreciată neconcludentă de comisia de evaluare, întrucât ofertantul arată lipsa de fermitate a propunerii sale financiare, iar oferta respinsă, ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 948/17.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 25334/17.05.2022, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, precizând că potrivit documentelor regăsite la

dosar, autoritatea contractantă a solicitat operatorului economic declarat câștigător SC ... SRL să prezinte dovada calificării unui responsabil cu protecția datelor cu caracter personal.

SC ... SRL a răspuns prin adresa nr. 1544/21.04.2022 unde face anumite trimiteri la aspecte legale privind GDPR, fără însă a preciza în mod clar cum se va desfășura activitatea prin alt operator economic, prezentând totodată și contractul nr. 13/10.01.2019 încheiat cu societatea SC ... SRL.

Conform celor cuprinse în cadrul contractului nr. 13/10.01.2019, se constată următoarele:

- Durata contractului este de 6 luni, iar data încheierii fiind 10.01.2019, cu posibilitatea prelungirii automate. Din acest contract nu se înțelege dacă mai este activ, având în vedere prevederile cap.III art.3: "Prezentul contract încetează prin expirarea duratei pentru care a fost încheiat, neurmată de o prelungire a valabilitatii sale prin consimțământul scris al părților "

Totodată, pentru sustenabilitatea acestui contract trebuia să facă dovada unor plăți către ... SRL, conform cap.IV din contract.

Analizand cap IV Prețul Contractului, art. 4-1 - *"Prețul contractului aferent furnizării Serciviilor este de 300 (treisute euro)/luna"*.

Un astfel un cost de aproximativ 1500 lei/luna, 18.000 lei/an nu este inclus în fundamentarea tarifului ofertat de către

Cap.V art.5 1) Responsabilitățile Prestatorului

"Prestatorul are obligația de a presta toate Serviciile ce fac obiectul prezentului Contract cu profesionalismul personal sau prin Subcontractanți."

În tot cuprinsul contractului antemenționat nu reiese propriu-zis care este obiectul contractului sau ce urmează a presta.

Mai mult decât atât, nici ... SRL nu prezintă această dovadă a calificării unui responsabil cu protecția datelor cu caracter personal.

În situația excepțională în care ar fi admisă o astfel de calificare prin ... SRL contestatoarea își menține punctul de vedere privind declararea acestuia ca subcontractant, situație deja tardivă.

În ceea ce privește operatorul clasat pe locul 2 ...i s-a cerut de a prezenta dovada calificării unui responsabil cu protecția datelor cu caracter personal pentru subcontractant, iar acesta prin răspunsul său a motivat că nu avea această obligație.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 22.776 lei, prin recipisa de consemnare nr. 208027378/1/03.05.2022, emisă de CEC Bank, Sucursala Ploiești.

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura proprie online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Servicii de pază, protecție și monitorizarea sistemelor de alarmare împotriva efracției*”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat pe site-ul instituției anunțul de publicitate nr. 6841/13.04.2022, valoarea estimată a procedurii fiind de 1.138.800 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, au fost depuse în SEAP 5 oferte, iar în urma evaluării lor, oferta SC Integra Guard SRL s-a clasat pe primul loc, pe locul al doilea s-a clasat oferta Distryct Team Security, iar pe locul 3, contestatoarea SC ... SRL.

În urma acestui rezultat, a formulat contestație SC ... SRL, criticând ofertele clasate înaintea sa, pe care le considera inacceptabile și neconforme.

În ceea ce o privește pe ofertanta clasată pe locul al doilea, contestatoarea formulează o singură critică, respectiv nenominalizarea unui subcontractant calificat responsabil cu protecția datelor cu caracter personal. Aceeași critică se regăsește și cu privire la oferta clasată pe primul loc.

Consiliul va analiza respectiva critică pentru ambele oferte clasate înaintea contestatoarei, având în vedere că argumentele sunt similare.

Astfel, cerința invocată de contestatoare, prevăzută la Cap.VII.pct.2. din caietul de sarcini **"Prestatorul trebuie să asigure paza bunurilor și valorilor și protecția persoanelor conform instrucțiunilor de pază primite de la reprezentanții autorizați ai achizitorului și să asigure integritatea acestora, cu respectarea consemnelor generale și particulare, precum și prezentarea calificării unui responsabil cu protecția datelor cu caracter personal"**, se referă la instrucțiuni de prestare a serviciilor de pază, contractul netransformându-se într-unul de prelucrare a datelor cu caracter personal. În orice entitate există date cu caracter personal care trebuie protejate, cu atât mai mult într-un spital. În cazul procedurii de față, obiectul procedurii se referă la „**Servicii de pază, protecție și monitorizarea sistemelor de alarmare împotriva efracției**”, activitățile specifice de protecție a datelor fiind unele intrinseci serviciilor solicitate. Astfel, așa cum este prevăzută specificația a cărei neîndeplinire se invocă, aceasta se referă la faptul că în cadrul structurii operatorilor economici participanți la procedură trebuie să se regăsească un responsabil cu protecția datelor cu caracter personal, nicidecum ca acest responsabil să fie nominalizat în cadrul acestui contract.

În acest sens, sunt incidente dispozițiile Secțiunii 4, art. 37-39 din REGULAMENT nr. 679 din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei nr.

95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), care stabilește următoarele:

„Secțiunea 4: Responsabilul cu protecția datelor

Art. 37: Desemnarea responsabilului cu protecția datelor (1) Operatorul și persoana împuternicită de operator desemnează un responsabil cu protecția datelor ori de câte ori: a) prelucrarea este efectuată de o autoritate sau un organism public, cu excepția instanțelor care acționează în exercițiul funcției lor jurisdicționale; b) activitățile principale ale operatorului sau ale persoanei împuternicite de operator constau în operațiuni de prelucrare care, prin natura, domeniul de aplicare și/sau scopurile lor, necesită o monitorizare periodică și sistematică a persoanelor vizate pe scară largă; sau c) activitățile principale ale operatorului sau ale persoanei împuternicite de operator constau în prelucrarea pe scară largă a unor categorii speciale de date în temeiul articolului 9 sau a unor date cu caracter personal referitoare la condamnări penale și infracțiuni, menționată la articolul 10.

(2) Un grup de întreprinderi poate numi un responsabil cu protecția datelor unic, cu condiția ca responsabilul cu protecția datelor să fie ușor accesibil din fiecare întreprindere.

(3) În cazul în care operatorul sau persoana împuternicită de operator este o autoritate publică sau un organism public, poate fi desemnat un responsabil cu protecția datelor unic pentru mai multe dintre aceste autorități sau organisme, luând în considerare structura organizatorică și dimensiunea acestora.

(4) În alte cazuri decât cele menționate la alineatul (1), operatorul sau persoana împuternicită de operator ori asociațiile și alte organisme care reprezintă categorii de operatori sau de persoane împuternicite de operatori pot desemna sau, acolo unde dreptul Uniunii sau dreptul intern solicită acest lucru, desemnează un responsabil cu protecția datelor. Responsabilul cu protecția datelor poate să acționeze în favoarea unor astfel de asociații și alte organisme care reprezintă operatori sau persoane împuternicite de operatori.

(5) Responsabilul cu protecția datelor este desemnat pe baza calităților profesionale și, în special, a cunoștințelor de specialitate în dreptul și practicile din domeniul protecției datelor, precum și pe baza capacității de a îndeplini sarcinile prevăzute la articolul 39.

(6) Responsabilul cu protecția datelor poate fi un membru al personalului operatorului sau persoanei împuternicite de operator sau poate să își îndeplinească sarcinile în baza unui contract de servicii.

(7) Operatorul sau persoana împuternicită de operator publică datele de contact ale responsabilului cu protecția datelor și le comunică autorității de supraveghere.

Art. 38: Funcția responsabilului cu protecția datelor

(1) Operatorul și persoana împuternicită de operator se asigură că responsabilul cu protecția datelor este implicat în mod corespunzător și în timp util în toate aspectele legate de protecția datelor cu caracter personal. (2) Operatorul și persoana împuternicită de operator sprijină responsabilul cu protecția datelor în îndeplinirea sarcinilor menționate la articolul 39, asigurându-i resursele necesare pentru executarea acestor sarcini, precum și accesarea datelor cu caracter personal și a operațiunilor de prelucrare, și pentru menținerea cunoștințelor sale de specialitate. (3) Operatorul și persoana împuternicită de operator se asigură că responsabilul cu protecția datelor nu primește niciun fel de instrucțiuni în ceea ce privește îndeplinirea acestor sarcini. Acesta nu este demis sau sancționat de către operator sau de persoana împuternicită de operator pentru îndeplinirea sarcinilor sale. Responsabilul cu protecția datelor răspunde direct în fața celui mai înalt nivel al conducerii operatorului sau persoanei împuternicite de operator. (4) Persoanele vizate pot contacta responsabilul cu protecția datelor cu privire la toate chestiunile legate de prelucrarea datelor lor și la exercitarea drepturilor lor în temeiul prezentului regulament. (5) Responsabilul cu protecția datelor are obligația de a respecta secretul sau confidențialitatea în ceea ce privește îndeplinirea sarcinilor sale, în conformitate cu dreptul Uniunii sau cu dreptul intern. (6) Responsabilul cu protecția datelor poate îndeplini și alte sarcini și atribuții. Operatorul sau persoana împuternicită de operator se asigură că niciuna dintre aceste sarcini și atribuții nu generează un conflict de interese.

Art. 39: Sarcinile responsabilului cu protecția datelor

(1) Responsabilul cu protecția datelor are cel puțin următoarele sarcini:

- a) informarea și consilierea operatorului, sau a persoanei împuternicite de operator, precum și a angajaților care se ocupă de prelucrare cu privire la obligațiile care le revin în temeiul prezentului regulament și al altor dispoziții de drept al Uniunii sau drept intern referitoare la protecția datelor;
- b) monitorizarea respectării prezentului regulament, a altor dispoziții de drept al Uniunii sau de drept intern referitoare la protecția datelor și a politicilor operatorului sau ale persoanei împuternicite de operator în ceea ce privește protecția datelor cu caracter personal, inclusiv alocarea responsabilităților și acțiunile de sensibilizare și de formare a personalului implicat în operațiunile de prelucrare, precum și auditurile aferente;
- c) furnizarea de consiliere la cerere în ceea ce privește evaluarea impactului asupra protecției datelor și monitorizarea funcționării acesteia, în conformitate cu articolul 35;
- d) cooperarea cu autoritatea de supraveghere;
- e) asumarea rolului de punct de contact pentru autoritatea de supraveghere privind aspectele legate de prelucrare, inclusiv consultarea prealabilă menționată la articolul 36, precum și, dacă este cazul, consultarea cu privire la orice altă chestiune.

(2) În îndeplinirea sarcinilor sale, responsabilul cu protecția datelor ține seama în mod corespunzător de riscul asociat operațiunilor de

prelucrare, luând în considerare natura, domeniul de aplicare, contextul și scopurile prelucrării”.

Astfel, prezentarea unui responsabil cu protecția datelor cu caracter personal nu constituie parte integrantă a serviciilor de pază care fac obiectul contractului de servicii, așa cum susține contestatoarea, ci având în vedere interacțiunea agenților de securitate ce urmează a accesa aceste date cu caracter personal prin control-accesul pe care îl efectuează zilnic al pacienților ce tranzitează instituția, reprezintă un indicator de calitate a serviciilor, respectiv însușirea și respectarea regulilor aplicabile în materie de către personalul angajat, formarea profesională a acestora. Deci, responsabilul, așa cum s-a arătat, este angajat al organizației, și nu pe contractul respectiv, sau poate fi un prestator de servicii. Rezultă, astfel, că responsabilul în cauză nu prestează efectiv și direct servicii pentru beneficiar, ci îi instruește pe agenții de pază în legătură cu obligațiile lor specifice, nefiind vorba, așa cum eronat susține contestatoarea, de activități prestate în cadrul contractului, ci activități prestate către operatorul economic, care se includ în cheltuieli indirecte, făcând parte din cheltuielile generale ale unui operator economic. Prin urmare, nu există obligația pentru operatorii participanți obligația de a desemna ca subcontractant un responsabil cu protecția datelor, ci este suficientă prezentarea unui contract de prestări servicii sau nominalizarea unui astfel de responsabil.

În subsidiar, chiar dacă s-ar considera că activitatea depusă de responsabilul cu protecția datelor ar face parte din obiectul contractului, Consiliul are în vedere că Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017 din 4 ianuarie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, stabilește că nu se introduc cerințe referitoare la experți în documentația de atribuire, arătând că: *„(4) Pentru tipurile de experți menționați la alin. (3), pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, **autoritatea/entitatea contractantă NU VA STABILII CRITERII DE CALIFICARE ȘI SELECȚIE, ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective)”**.*

Tot în sensul instrucțiunii ANAP este și decizia nr. 1531/2017 pronunțată într-o speță de ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE

Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, aceasta făcând distincție clară între obligația ofertanților „să dețină” personal de specialitate la data depunerii ofertelor și să „dispună” de personal de specialitate, la data îndeplinirii contractului, prima variantă fiind considerate restrictivă:

„În motivarea recursului formulat, ministerul recurent a susținut, în esență, următoarele critici:

- în mod eronat s-a reținut că, prin **solicitarea ca ofertanții să "dețină" personal de specialitate, la data depunerii ofertelor, iar nu,, să dispună" de personal de specialitate, la data îndeplinirii contractului, nu au fost respectate prevederile art. 188 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006 și, prin aceasta, au fost încălcate prevederile art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006;**

- nu s-a urmărit în niciun moment încălcarea prevederii de la alin. (2) lit. c) a art. 188 din O.U.G. nr. 34/2006, ci s-a solicitat în mod legal îndeplinirea de către ofertanți a unei cerințe minime în ceea ce privește personalul operatorilor economici;

- instanța de fond a reținut în mod eronat că ministerul recurent a încălcat principiul tratamentului egal și al proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) și e) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, respectiv a art. 2 din Directiva 2004/18/CEE a Parlamentului European și a Consiliului;

- totodată, în cauză, nu a fost respectat principiul proporționalității și al gravității neregulii, a unor criterii adecvate la stabilirea reducerii procentuale.

În concluzie, ministerul recurent a solicitat admiterea recursului astfel cum a fost formulat, casarea în tot a sentinței recurate și admiterea cererii de chemare în judecată astfel cum a fost formulată.

(...)potrivit prevederilor art. 188 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii:

"(2) În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

c) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității".

Din interpretarea acestor dispoziții legale, rezultă că personalul nu trebuie, în mod necesar, să fie angajat al ofertantului sau al unuia dintre membrii asocierii, în baza vreunui contract de muncă, de colaborare, etc., la data depunerii ofertei, ci aceștia trebuie să prezinte la momentul depunerii ofertelor doar o declarație de disponibilitate.

Or, prin impunerea condiției ca ofertanții să dețină, iar nu să dispună la data îndeplinirii contractului de personal de specialitate, nu au fost respectate prevederile art. 188 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006, ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor art. 178 alin. (2) potrivit cărora:

"(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire".

Astfel, prin impunerea unor criterii de calificare restrictive, autoritatea contractantă a adus încălcări principiilor tratamentului egal și proporționalității prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) și lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, care sunt/reprezintă transpunerea dispozițiilor art. 2 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

Totodată, a mai rezultat că, potrivit Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. x din 28 ianuarie 2013 comisia de evaluare a hotărât solicitarea de clarificări ofertanților. Astfel, prin Adresa nr. 98 din 29 ianuarie 2013 comisia de evaluare a solicitat ofertanților "specificarea unor perioade (ce pot fi susținute cu documente care pot fi prezentate ulterior), care, însumate, să asigure existența unei experiențe specifice de cel puțin 3 ani în achiziții publice pentru persoana propusă ca expert achiziții publice."

Cu Adresa nr. 100 din 01 februarie 2013 S.C. B. S.R.L. a răspuns următoarele:

"Perioadele în care persoana propusă de S.C. B. S.R.L. ca expert achiziții publice a deținut atribuții de expert achiziții publice în cadrul contractelor încheiate de S.C. B. S.R.L. cu Autorități Contractante sau beneficiari privați sunt între 19.02.2010 - 24.12.2012"... "De asemenea, în perioada 2004-2005 expertul a lucrat în cadrul Ministerului Integrării Europene, fiind repartizat în cadrul Ministerul Finanțelor Publice, - OPCP, Serviciul licitații, având atribuții în cadrul comisiilor de licitații, perioada respectivă putând fi asimilată ca experiență în achizițiile publice."

Potrivit Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. x/06.02.2013, oferta a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, întrucât "perioada de activitate în calitate de consilier de integrare nu poate fi considerată ca experiență specifică achizițiilor publice" și "deși atestatul de expert achiziții publice a fost eliberat la data de 19.09.2009, nu rezultă că expertul propus a început o activitate specifică relevantă din acel moment."

Astfel, comisia de evaluare nu a mai solicitat clarificări cu privire la perioada lucrată în cadrul MFP, care să detalieze activitatea desfășurată și a respins oferta depusă S.C. B. S.R.L. ca fiind inacceptabilă. Beneficiarul a considerat că abia după absolvirea cursurilor de formare, persoana respectivă are experiența necesară desfășurării activității în cauză și prin urmare, a considerat că certificatul CNFPA trebuia să acopere întreaga perioadă de 3 ani, solicitată pentru experiența specifică.

Totuși, potrivit Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. x din 28.01.2013 comisia de evaluare a considerat acceptabile ofertele depuse de S.C. C. S.R.L. - Certificat emis la data de 18.04.2011, S.C. D. S.R.L. - Certificat emis la data de 08.03.2010, S.C. A. S.R.L. - Certificat emis la data de 21.02.2011 și S.C. E. S.R.L. - Certificat emis la data de 09.2008, rezultând că în cazul primelor trei oferte, niciunul dintre certificatele menționate nu a fost eliberat cu cel puțin 3 ani înainte de data depunerii ofertelor.

Astfel, instanța de fond a reținut că autoritatea contractantă, prin modul în care a procedat, a încălcat/nu a respectat principiul tratamentului egal reglementat la art. 2 alin. (2) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare la data respectivă, neregulă care a atras o reducere procentuală de 10% din Contractul de servicii din 25.03.2013, în final rămânând o singură reducere procentuală de 10%, ca urmare a aplicării prevederilor art. 4 din Anexa - Normă metodologică, aprobată prin H.G. nr. 875/2011.

Astfel fiind, instanța de recurs a reținut că este neîntemeiată și critica autorității recurente cu privire la nerespectarea de către instanța de fond, în ceea ce privește individualizarea măsurii, a principiului proporționalității în stabilirea reducerii procentuale, care a fost limitată la 10%, deși în cauză a fost vorba de două abateri/nereguli comise”.

În ceea ce privește problema dreptului operatorului economic de a-și determina organizarea și relațiile contractuale în cadrul ofertei sale, această problemă a fost deja tratată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, printre altele și în hotărârea Pizzo. În timp ce cazul a tratat regimul în temeiul Directivei predecesoare 2004/18/CE, același raționament se aplică și în ceea ce privește directiva privind achizițiile publice. Astfel, articolul 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice prevede în mod expres că **„un operator economic poate (...) să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea”** în ceea ce privește criteriile prevăzute la articolul 58 alineatul (4) din directivă. Curtea a considerat că dreptul Uniunii nu impune ca, pentru a fi calificat ca operator economic într-o procedură, **un operator care dorește să încheie un contract cu o autoritate contractantă trebuie să fie capabilă să execute contractul direct, folosind resurse proprii**. În plus, la fel ca și în ceea ce privește articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, în discuție în hotărârea Pizzo, articolul 63 din directivă nu prevede nicio interdicție de principiu în ceea ce privește recurgerea de către un ofertant la capacitățile altor entități în plus față de cele proprii pentru a îndeplini criteriile stabilite de autoritatea contractantă. După cum a subliniat Curtea de Justiție în hotărârea Pizzo, **singura condiție impusă pentru exercitarea dreptului operatorului de a se baza pe capacitățile altor entități este ca acesta să furnizeze autorității contractante o dovadă că acesta (ofertantul) va avea la dispoziție resursele necesare executării contractului**, în baza articolului 63 alineatul (1) din directivă, **„prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens” constituie o dovadă suficientă**.

Din acest motiv, excluderea din procedura de licitație a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din prevederile unor legi speciale neprevăzute în contractul de achiziție în cazul în care ofertantul în cauză a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contract,

adică un contract de furnizare/prestare de servicii sau a depus o declarație de disponibilitate din partea specialiștilor, ar fi contrară articolului 63 din directivă și principiului proporționalității.

Consiliul consideră lipsită de relevanță și susținerea contestatoarei referitoare la nominalizarea unui asemenea responsabil și pentru subcontractant pentru operatorul SRL, în documentația de atribuire nefiind o atare cerință, în condițiile în care caietul de sarcini prevede pentru prestator o asemenea obligație, prestatorul fiind cel care semnează contractul cu autoritatea contractantă.

Drept urmare, Consiliul va respinge critica referitoare la necesitatea nominalizării ca subcontractant a responsabilului cu protecția datelor, în ceea ce îi privește pe ofertanții ... și ... SRL, nefiind o activitate aferentă contractului, ci o cerință referitoare la funcționarea unui operator economic ce are calitatea de operator de date cu caracter personal.

Deși ofertanta clasată pe locul al doilea este admisibilă, Consiliul va analiza și propunerea financiară a ofertantului clasat pe primul loc.

Cu privire la propunerea financiară a operatorului economic declarat câștigător, ..., contestatoarea arată că această societate a folosit, în stabilirea prețului de 17,02 lei ora fără TVA, subvenții în temeiul art. 85 din Legea nr. 76/2002. Citând un paragraf din caietul de sarcini, respectiv cap. VI. Propunerea tehnică și financiară pct. 4 *"Propunerea financiară va conține în mod obligatoriu, fundamentarea tarifului orar/post, astfel:*

-salariu;

-taxe salariu;

-alte cheltuieli.

În cazul în care, ofertanții beneficiază de ajutoare de stat/subvenții, aceștia trebuie să prezinte convențiile încheiate, aflate în curs de derulare, numărul de persoane încadrate în muncă, sumele ce urmează a fi încasate aferente acestora, precum și dovada că aceste persoane mai sunt angajate/aflate în plată, declarație de disponibilitate, dar și alte documente care stau la baza acestora", contestatoarea conchide că operatorul declarat câștigător a folosit aceleași subvenții la toate procedurile la care participă.

Consiliul va respinge, ca nefondate, alegațiile contestatoarei, propunerea financiară a ofertantului câștigător cuprinzând toate informațiile referitoare la convențiile încheiate, aflate în curs de derulare, numărul de persoane încadrate în muncă, sumele ce urmează a fi încasate aferente acestora, precum și dovada că aceste persoane mai sunt angajate/aflate în plată.

Astfel cum rezultă chiar din susținerile contestatoarei, Integra Guard beneficiază de un număr important de forță de muncă pentru care beneficiază de subvenții, după cum tot din susținerile sale rezultă că în contractele anterioare, a folosit un număr mic de astfel de angajați.

Astfel, în Decizia nr. ..., la care face trimitere contestatoarea, s-au reținut următoarele: „În probele de la dosarul cauzei, se regăsesc următoarele:

Convenția 145/01.09.2021 emisă de către Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București și tabelul cu persoanele pentru care li s-a aprobat acordarea subvenției și Dispoziția nr. 145/01.09.2021 privind stabilirea drepturilor prevăzute de art. 85 din Legea nr. 76/2002.

Convenția 102/04.11.2021 emisă de către Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București și tabelul cu persoanele pentru care li s-a aprobat acordarea subvenției și Dispoziția nr. 102/04.11.2021 privind stabilirea drepturilor prevăzute de art. 85 din Legea nr. 76/2002.

Convenția 206/10.12.2021 emisă de către Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București și tabelul cu persoanele pentru care li s-a aprobat acordarea subvenției și Dispoziția nr. 206/10.12.2021 privind stabilirea drepturilor prevăzute de art. 85 din Legea nr. 76/2002.

Din *Nota de fundamentare tarif*, Anexa nr. 9, parte integrantă din oferta financiară reiese faptul că societatea Integra Guard SRL a oferat 14 agenți de pază **din care 7 se regăsesc în Anexele de la Convențiile mai sus-menționate**, dar în calculul pentru tariful oferat nu se regăsește o detaliere a sumelor din subvenție care au stat la baza prețului final, iar autoritatea contractantă nu a solicitat acest lucru printr-o clarificare în procesul de evaluare”.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la utilizarea convențiilor nr. 61/26.10.2021, nr. 45/19.10.2021, nr. 36/15.10.2021 și nr. 33/15.10.2021, menționând decizia CNSC nr. 21.01.2022, în conținutul acesteia se menționează: „Pentru persoanele subvenționate au fost prezentate convențiile nr. 61 / 26.10.2021, 45 / 19.10.2021, 36 / 15.10.2021 și 33 / 15.10.2021, emise de Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului București, distincte de cele invocate de autoarea contestației, contrar aprecierilor acesteia că practica ... SRL este de a folosi aceleași subvenții în toate procedurile.

(...)Câtă vreme a fost prezentată fundamentarea tarifului cu luarea în considerare **a celor 19 posturi**, lipsite de temei sunt și alegațiile contestatoarei pe seama acordului de subcontractare încheiat între ... SRL și ... SRL, cum că era necesară fundamentarea de către ambii operatori a tarifului oferat”.

După cum rezultă din susținerile contestatoarei, cele 4 convenții invocate au un total de 60 persoane. În decizie nu se vorbește de numărul persoanelor din convenții care au fost menționate în prezentul contract, ci de numărul de posturi, Consiliul reținând în decizia citată suficiența dovezilor prezentate.

În ceea ce privește convenția nr. 102/04.11.2021, menționată în cadrul contractului cu Grădina Zoologică, nici aici contestatoarea nu face

dovada utilizării tuturor celor 46 de persoane pentru care se încasează subvenție, astfel că susținerile sale rămân simple alegații.

Consiliul reține că în oferta câștigătoare, Integra Guard prezintă 7 persoane pentru care beneficiază de subvenție, 3 în baza convenției nr. 102/04.11.2021, câte 1 în baza convenției nr. 172/25.11.2021, nr. 211/10.12.2021, nr. 384/29.12.2021, nr. 10/03.03.2022.

În calculul prezentat tabelar ofertanta respectivă arată valoarea subvenției pe care o mai are de încasat pentru fiecare dintre acești angajați, arătând, totodată, data de sfârșit a fiecărei convenții. Astfel, ofertanta câștigătoare a dovedit cuantumul sumei folosite pentru cei 7 angajați, în condițiile în care totalul de angajați pentru care beneficiază de subvenții în baza convențiilor prezentate, este de 93 persoane.

Astfel, prin documentele prezentate detaliat în cadrul ofertei, Integra Guard și-a dovedit sustenabilitatea ofertei din punct de vedere al subvenției primite.

De asemenea, Consiliul reține că a fost luat în considerare sporul de noapte, exact în cuantumul indicat de contestatoare.

Consiliul mai reține că **totalul ofertei câștigătoare înaintea scăderii subvenției legal încasate este mai mare decât al contestatoarei**, astfel că nu se pune problema unui preț aparent neobișnuit de scăzut, fiind incluse toate cheltuielile solicitate în documentație și în legislația aferentă.

Potrivit art. 210 din Legea nr. 98/2016, „(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 [alin. \(1\)](#);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la [art. 218](#);

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al

prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).

(4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 51 [alin. \(1\)](#).

(5) Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.

(6) În cazul în care autoritatea contractantă respinge o ofertă pentru motivul prevăzut la alin. (5), va informa Comisia Europeană după consultarea cu Consiliul Concurenței”.

În situația de față, operatorul economic a dovedit un ajutor de stat consistent, care justifică reducerea tarifului pentru perioada de valabilitate a contractului, neputându-se pune în discuție legalitatea acordării acestui ajutor.

În ceea ce privește, însă, aprecierea unei oferte ca având un preț aparent neobișnuit de scăzut, legislația anterioară și practica au stabilit că această apreciere se realizează prin comparație cu valoarea estimată, dar și cu alte oferte aflate în competiție, iar actuala legislație, că prețurile se apreciază prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri. Așa cum s-a arătat mai sus, legislația incidentă, atunci când vorbește de ajutorul de stat, impune o singură condiție, ca acesta să fie obținut legal. A exclude posibilitatea folosirii respectivelor subvenții în raport cu statul, pentru contractele publice, sau solicitarea unui probatoriu negativ (că nu s-ar fi utilizat aceste convenții în alt contract), nu concordă nici cu spiritul legii și nici cu litera ei, ar echivala cu adăugarea unei obligații în sarcina ofertanților neprevăzută de lege. Bineînțeles că acest raționament nu poate fi condus la absurd, ci prețul ofertat trebuie să fie comparabil cu cel de pe piață, or în cazul de față acesta este unui comparabil, chiar și cu cel al ofertantei câștigătoare.

Consiliul mai reține ca relevante și prevederile art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia „În sensul prevederilor art. 210 [alin. \(1\)](#) din Lege, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv”, ori în cauză, nu se regăsește o atare situație.

Consiliul consideră relevante considerentele reținute de CJUE în cauza C367/19 (**Hotărârea CJUE din 10 septembrie 2020 (C-367/19 Tax-Fin-Lex)**, menționată mai sus, respectiv „*32 Astfel, de la alineatul (1) al acestui articol (n.n- articolul 69 din Directiva 2014/24)*

reiese că, în cazul în care o ofertă pare anormal de scăzută, autoritățile contractante solicită ofertantului să explice prețul sau costurile propuse în ofertă, aceste explicații putând, printre altele, să privească elementele prevăzute la alineatul (2) al articolului menționat. Explicațiile respective contribuie astfel la evaluarea fiabilității ofertei și ar permite să se demonstreze că, deși ofertantul propune un preț de 0 euro, oferta în cauză nu va afecta executarea corectă a contractului.

33 Astfel, în conformitate cu alineatul (3) al aceluiași articol, autoritatea contractantă trebuie să evalueze informațiile furnizate consultând ofertantul și nu poate respinge o asemenea ofertă decât dacă elementele de probă furnizate nu explică în mod satisfăcător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.

34 Evaluarea acestor informații trebuie, în plus, să fie efectuată cu respectarea principiilor egalității și nediscriminării între ofertanți, precum și ale transparenței și proporționalității, care se impun autorității contractante în conformitate cu articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24.

35 Prin urmare, argumentul unui ofertant care a depus o ofertă la prețul de 0 euro potrivit căruia prețul propus în oferta sa se explică prin faptul că urmărește să obțină accesul la o nouă piață sau la referințe dacă această ofertă este acceptată trebuie apreciat în contextul unei eventuale aplicări a articolului 69 din Directiva 2014/24.

36 Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, trebuie să se răspundă la întrebările adresate că articolul 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că acesta nu constituie un temei juridic pentru respingerea ofertei unui ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice doar pentru motivul că prețul propus în ofertă este de 0 euro”.

Prin urmare, având în vedere considerentele reținute judicios de Curtea de Justiție Europeană, comisia de evaluare trebuie să aibă în vedere că un operator care dispune de resurse, inclusiv de subvenții, are posibilitatea scăderii unor tarife, pentru a câștiga contractul, atât timp cât dovedește că îl poate executa în condițiile de calitate solicitate. Aprecierea de către comisia de evaluare a relevanței calculelor ofertantului câștigător din prezenta cauză, este corectă, ofertantul demonstrând posibilitatea prestării serviciilor la prețul ofertat.

În ceea ce privește criticile noi formulate în concluziile scrise, Consiliul reține caracterul lor inadmisibil, având în vedere prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stabilește următoarele: „Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”.

În acest sens, Consiliul reține relevanța considerentelor exprimate de Curtea Constituțională în DECIZIA nr. 190 din 18 martie 2021,

referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 21 alin. (3) și ale art. 30 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, conform cărora „31. Accesul la justiție nu este un drept absolut, **putând fi limitat prin anumite condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție**. Stabilirea unor condiționări pentru introducerea acțiunilor în justiție nu constituie, în sine, o încălcare a accesului liber la justiție, el presupunând accesul la mijloacele procedurale prin care se înfăptuiește justiția, fiind de competența exclusivă a legiuitorului să instituie regulile de desfășurare a procesului în fața instanțelor judecătorești, soluție ce rezultă din dispozițiile art. 126 alin. (2) din Constituție (Decizia Plenului Curții Constituționale nr. 1 din 8 februarie 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 69 din 16 martie 1994). Aceste condiționări nu pot fi însă acceptate dacă afectează dreptul fundamental în chiar substanța sa. Prin urmare, **limitările aduse dreptului fundamental sunt admisibile doar în măsura în care vizează un scop legitim și există un raport de proporționalitate între mijloacele folosite de legiuitor și scopul urmărit de acesta** (Decizia Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 356 din 27 aprilie 2005), legiuitorul fiind ținut să aducă anumite limitări orientându-se după principiul est modus in rebus, respectiv să fie preocupat ca exigențele instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu pună sub semnul întrebării însăși existența dreptului (Decizia Curții Constituționale nr. 39 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 217 din 12 martie 2004, și Decizia Curții Constituționale nr. 40 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 229 din 16 martie 2004).

32. Or, aplicând considerentele de principiu în privința stabilirii anumitor condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție, nu se poate reține că legiuitorul a afectat dreptul de acces liber la justiție prin faptul că a instituit interdicția formulării unor noi motive de contestare și/sau a formulării unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia, precum și a altor motive în plângerea formulată împotriva actelor autorității contractante în afară de cele cuprinse în contestația adresată Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

33. **Cerința respectării unor termene pentru invocarea motivelor de contestație este una firească, ea asigurând celeritatea procedurii specifice în materia achizițiilor publice”.**

Având în vedere cele constatate, Consiliul reține că SC ... SRL are clasate înaintea sa două oferte admisibile, astfel încât se impune respingerea contestației ca nefondată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, respinge ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

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

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

PREȘEDINTE,

...

.....

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 24 (douăzeci și patru) pagini.

....