C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

..., 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) 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 nr. 161/26.02.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 7728/26.02.2018, formulată de ..., cu sediul în municipiul ..., str. ...nr. ..., bl. ...., sc. ..., ap. ..., sector ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., CUI RO..., reprezentată de ... – administrator, împotriva raportului procedurii nr. .../16.02.2018, prin care a fost publicat clasamentul final în SEAP, de către ... cu sediul în ..., str. ...nr. ..., județul ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificată - într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de *„**Servicii de curățenie pentru ...**”*, cod CPV 90910000-9 – Servicii de curățenie (Rev.2), s-au solicitat*:*

„• Admiterea prezentei contestații;

•Reanalizarea ofertelor societatilor comerciale situate in clasament pe locurile 1 si 2 si verificarea legalitatii cel puţin a aspectelor semnalate in actuala Contestatie cu rigurozitatea impusa de legislaţia in domeniul achiziţiilor publice;

•Anularea proceselor verbale intermediare care constata admisibilitatea ofertelor financiare depuse de către candidaţii de pe locurile 1 si 2;

•Anularea Comunicărilor privind rezultatul procedurii;

•Anularea Raportului procedurii nr. .../16.02.2018;

•Adoptarea masurilor de remediere a situatiei ce reprezintă obiectul prezentei Contestatii înaintam prezenta deoarece procesul de evaluare efectuat de către entitatea contractanta s-a făcut cu incalcarea prevederilor legale in vigoare”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 161/26.02.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 7728/26.02.2018 ..., în contradictoriu cu ... în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii menționată în partea introductivă, critică raportul procedurii nr. .../16.02.2018, prin care a fost publicat clasamentul final în SEAP, solicitând:

„• Admiterea prezentei contestații;

•Reanalizarea ofertelor societatilor comerciale situate in clasament pe locurile 1 si 2 si verificarea legalitatii cel puţin a aspectelor semnalate in actuala Contestatie cu rigurozitatea impusa de legislaţia in domeniul achiziţiilor publice;

•Anularea proceselor verbale intermediare care constata admisibilitatea ofertelor financiare depuse de către candidaţii de pe locurile 1 si 2;

•Anularea Comunicărilor privind rezultatul procedurii;

•Anularea Raportului procedurii nr. .../16.02.2018;

•Adoptarea masurilor de remediere a situatiei ce reprezintă obiectul prezentei Contestatii înaintam prezenta deoarece procesul de evaluare efectuat de către entitatea contractanta s-a făcut cu incalcarea prevederilor legale in vigoare".

În argumentarea cererilor formulate, petenta menționează că, în data de ***16.02.2018***, entitatea contractantă a publicat în SEAP raportul procedurii nr. .../16.02.2018, în clasamentul final oferta sa fiind clasată pe locul al treilea, câștigătoare fiind declarată oferta ..., cu valoarea de ...lei, iar pe locul al doilea clasându-se oferta ..., cu valoarea de ... lei/lună.

În data de 29.01.2018, arată petenta, comisia de evaluare a solicitat ofertantului ..., situat pe primul loc în clasamentul intermediar, documentele de calificare de confirmare a celor declarate în DUAE, iar ulterior primirii documentelor solicitate, *„a sesizat că nu a verificat riguros gradul de admisibilitate al ofertelor și sub pretextul unei solicitări de clarificări ca urmare a publicării unei „Notificări ANAP", comisia de evaluare a formulat noi solicitări de clarificari, prin care a dat ocazia primilor doi candidaţi sa completeze oferta financiara, sa modifice elementele din care este format preţul, să depună la dosarul achiziţiei noi documente probante etc., astfel încât primii doi ofertanti să poată să-și justifice prețurile nejustificat de mici*".

Petenta precizează că:

- în data de 20.02.2018, a studiat dosarul achiziţiei publice la sediul autorității contractante, ocazie cu care a sesizat încălcari ale dispoziţiilor legale în activitatea de evaluare a ofertelor depuse de ... și ...;

- în data de 21.02.2018, prin intermediul Notificării prealabile nr. 158/21.02.2018, a solicitat autorității contractante să dispună măsurile de remediere considerate necesare;

- în data de 23.02.2018, contestatoarea a primit răspunsul la notificarea prealabilă nr. 513/23.02.2018, prin care entitatea contractantă a precizat că își menţine punctul de vedere exprimat în raportul procedurii și în comunicările transmise ofertanţilor, precum și că nu va adopta măsuri de remediere în sensul celor cerute de contestatoare.

În legătură cu cele două oferte mai bine situate decât oferta sa în clasamentul ofertelor declarate admisibile, a căror înlăturare din procedură petenta dorește să o obțină în propriul beneficiul de adjudecare a contractului, ... formulează următoarele critici:

I. Cu privire la oferta depusă de ..., ofertantul declarat câștigător:

- propunerea financiară nu conţinea iniţial, până la data în care a fost declarat pe locul 1 în clasamentul intermediar, cheltuieli legate de plata impozitelor și taxelor datorate de societate statului ca urmare a derulării contractui, susținând că *„... este platitoare de Impozit pe venit, conform datelor declarate la Ministerul de Finanţe și în conformitate cu legislaţia în vigoare în domeniul fiscal, suma datorată lunar statului ca urmare a prestației în contractul în cauză ar fi trebuit să fie cel puţin de 1% din ...lei/12 luni /12 luni, adică 1% din 32.900 lei/lună, adică 329 lei”,* în conformitate cu art. 51 lit. a) din Codul fiscal, pe care îl redă.

Ulterior, arată petenta, entitatea contractantă *„a atenţionat ofertantul cu privire la absența acestor cheltuieli și a creat artificial premisele prin care ofertantul să-și poată modifica devizul înaintat iniţial cu scopul introducerii în cadrul devizului și a categoriei de cheltuieli în discuție*”, demers pentru a cărui justificare entitatea contractantă a invocat o Notificare a ANAP.

Astfel, în urma clarificărilor, ... a diminuat suma iniţial prevăzută pentru echipamentul de protecţie, alocând-o plaţii impozitelor și medicinii muncii.

Petenta menționează că, deoarece sumele *„luate de la echipamentul de protecție nu erau de ajuns, ofertantul a transferat în întregime și sumele de la Alte cheltuieli și Profit tot pentru susţinerea Cheltuielilor pentru plata impozitelor obligatorii”*, ofertantul clasat pe primul loc modificându-și devizul iniţial, încercând în acest fel să transforme oferta inacceptabilă/neconformă într-una admisibilă cu ajutorul și acordul autorității contractante.

- oferta ... nu conţine cheltuieli indirecte, aspect neverificat de entitatea contractantă;

- tot în urma solicitării de clarificări, ofertantul în discuție a alocat sume din cele existente iniţial în Deviz pentru echipamentul de proiecţie - pentru medicina muncii;

- ofertantul câștigător nu sunt prevăzute cheltuieli cu transportul, contabilitatea, comisioanele bancare aferente acordării salariilor, supervizarea, închirierea și întreţinerea sediului etc.

- comisia de evaluare nu a cercetat iniţial dacă oferta ... poate susţine aplicarea art. 78 alin. (2) și (3) din Legea nr. 448/2006 privind protecţia şi promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, în sensul că cele opt certificate de încadrare în grad de handicap depuse în urma solicitărilor de clarificări neputând, în opinia petentei, să fie luate în considerare pentru absolvirea ofertantului câștigător de la obligaţia plaţii fondului de handicap, deoarece nu rezultă că cele opt persoane sunt angajate la ...;

- petenta consideră că subvențiile invocate pe baza Convenţiei nr. 269/01.04.2017, încheiată pentru persoanele: ...- CNP ..., ... - CNP .... și ...- CNP ..., nu sunt precizate în devizele înaintate, astfel acestea *„nu pot să apară peste noapte în susţinerea contractului ca urmare a imposibilităţii ofertantului de a susţine preţul din sumele invocate iniţial*”;

- promisiunea ofertantului câștigător din ultimele răspunsuri la clarificări conform căreia în cadrul contractului va mai angaja două persoane pentru care va încasa subvenţii nu poate fi luată în considerare, „întrucât jurisprudenta Consiliului, Decizia CNSC nr...../07.08.2017, Decizia CNSC nr. .../27.09.2017, Decizia Curții de Apel..., Secţia a ll-a civilă, de contencios administrativ și fiscal nr. .../25.01.2013 și Decizia Curţii de Apel ..., Secţia a VIll-a contencios administrativ și fiscal nr. .../21.01.2016, combat cu fermitate această abordare”.

II. Referitor la oferta depusă de ..., ofertantul clasat pe locul al doilea, contestatoarea precizează că nu a fost cercetat în amanunt de către comisia de evaluare dacă oferta ... poate susţine aplicarea art. 78 alin. (2) și (3) din Legea nr. 448/2006 privind protecţia şi promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, în sensul că nu s-a verificat, după stabilirea clasamentului intermediar, dacă oferta ... conţine sume datorate fondului de handicap.

Prin răspunsul la clarificările solicitate, ... s-a rezumat să menţioneze că societatea sa nu este în prezent obligată să plătească fondul de handicap, deoarece are în prezent un număr mai mic de 50 de angajaţi.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 99/2016, Legii nr. 101/2016, H.G. nr. 394/2016, prevederile fișei de date și ale documentaţiei de atribuire publicată în SEAP, Codul fiscal, Codul de procedură fiscală, Codul muncii.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 600 din 01.03.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 8422/01.03.2018, ...solicită respingerea contestației formulată de ..., ca neîntemeiată.

Entitatea contractantă menționează cei șapte ofertanți participanți la procedură și arată că a procedat la analiza DUAE și a propunerilor tehnice depuse de aceștia, prezentând activitățile derulate, inclusiv întocmirea raportului-procedurii nr. .../16.02.2018.

În referire la contestația înaintată de ... entitatea contractantă precizează că, atât ofertantul clasat pe locul 1 - ..., cât și cel clasat pe locul 2 - ..., și-au însușit în totalitate, prin ofertele depuse, cerinţele

tehnice din caietul de sarcini, comisia de evaluare analizând cu atenție toate ofertele depuse.

Referitor la obligaţiile fiscale, entitatea contractantă menționează că, în documentaţia de atribuire postată în SEAP, s-a făcut precizarea, atât în caietul de sarcini, cât și la pct. *„Modul de prezentare al propunerii financiare*" al fișei de date, că tariful orar prezentat trebuie sa cuprindă *„toate cheltuielile aferente (cheltuieli cu salariul brut, cote si contributii legale, echipament de protectie, bonuri de masa etc)*, iar urmare a notificării ANAP privind impactul prevederilor O.U.G. nr. 79/2017 asupra procedurilor în derulare și a contractelor în execuţie, s-au solicitat noi clarificări ofertanţilor clasaţi pe primele 3 locuri în clasamentul intermediar.

Menționând că toate cele şapte oferte au fost declarate admisibile, entitatea contractantă reiterează solicitarea de respingere a contestației formulată de ..., ca neîntemeiată.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documente ale dosarului achiziției publice.

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

... în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura simplificată - într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de ***„Servicii de curățenie pentru ...”,*** cod CPV 90910000-9 – Servicii de curățenie (Rev.2), publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. .... /03.01.2018.

Conform anunțului de participare, valoarea estimată a achiziției este de ***... lei***, criteriul de atribuire utilizat este *„prețul cel mai scăzut”*, iar modalitatea de derulare a procedurii a fost integral prin utilizarea mijloacelor electronice – ONLINE, prin SEAP.

Considerând nelegal raportul procedurii nr. .../16.02.2018, publicat în SEAP, în cadrul căruia se regăsește clasamentul final la ofertelor, oferta ... ocupând locul trei, respectiva societate a depus, în termen legal, după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

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

Ceea ce urmărește petenta ... prin contestația promovată, este obținerea adjudecării contractului din obiectul procedurii derulată de către ... prin înlăturarea din concurs a ofertelor mai bine clasate decât oferta sa, susținând că respectivele oferte au fost, în mod greșit și nelegal, declarate admisibile, în pofida faptului că acestea au prezentat ofertele financiare nefundamentate conform cerințelor documentației de atribuire și cu nerespectarea rigorilor legale în vigoare în materie de muncă și fiscalitate.

În raport de dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 – *„Orice persoană **care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim** printr-un act al unei autorităţi contractante (...) poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la*

emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, ***pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară****, potrivit prevederilor prezentei legi*", cele ale art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ conform cărora: „***persoană care se consideră vătămată*** *- orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii: (i)* ***are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire****; şi (ii)* ***a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu*** *ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire*" coroborate cu cele ale art. 33 din C.pr.civ. conform cărora „***Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual***", Consiliul reține că, pentru a justifica un interes personal și actual, care poate fi materializat doar prin folosul practic al adjudecării contractului.

Astfel, în condițiile în care oferta petentei ocupă locul 3 în cadrul clasamentului ofertelor declarate admisibile, înlăturarea doar a uneia dintre ofertele concurente, petenta nu poate justifica un interes personal și direct.

Totodată, se reține că, în eventualitatea în care doar oferta ocupantă a locului 1 ar prezenta vicii, iar cea de pe locul 2 nu, beneficiul adjudecării contractului ar profita ofertantului de pe locul 2, ceea ce ar contraveni regulilor instituite prin normele legale redate în cele ce precedă.

Prin urmare, spre a se menține caracterul personal și direct al interesului, analiza ofertelor concurente se impune a se efectua începând cu oferta ocupantă a locului 2, în eventualitatea în care aceasta s-ar constata a fi viciată, oferta petentei ar deveni îndreptățită la ocuparea locului 2, iar dacă și oferta clasată pe locul 1 s-ar dovedi a fi viciată, atunci inetersul petentei ar deveni deplin justificat, legitim, născut, direct, personal și actual, constituit de obținerea folosului practic al adjudecării contractului de achiziție publică.

Astfel, Consiliul va analiza mai întâi situația ofertei depusă de către ..., ocupantă a locului 2 în clasament, iar în situația în care criticile petentei se vor dovedi a fi întemeiate, va fi analizată și situația ofertei clasată pe locul 1 prin prisma criticilor petentei. În ipoteza în care criticile referitoare la oferta clasată pe locul 2 se vor dovedi a fi neîntemeiate, orice analiză a situației ofertei clasată pe locul 1 va fi de prisos, deoarece, în ipoteza în care oferta clasată pe locul 1 ar prezenta vicii de natură a fi exclusă din procedură, folosul practic ar reveni ofertantului clasat pe locul 2 și nicidecum petentei, interesul petentei neputând fi justificat sub forma caracterului personal și direct.

În analiza singurei critici referitoare la oferta depusă de către ..., ofertantul clasat pe locul 2 în clasamentul ofertelor considerate admisibile, prin care contestatoarea susține că entitatea contractantă nu a verificat incidența asupra respectivei oferte a dispozițiilor art. 78 alin. (2) și (3) din Legea nr. 448/2006 privind protecţia şi promovarea

drepturilor persoanelor cu handicap, aspect în legătură cu care respectivul ofertant, prin răspunsul remis la clarificările solicitate pe timpul evaluării ofertelor, a precizat că societatea sa nu este în prezent obligată să plătească fondul de handicap, deoarece are în prezent un număr mai mic de 50 de angajaţi, Consilul reține următoarele aspecte:

- art. 78 din Legea nr. 448/2006 privind protecţia şi promovarea drepturilor persoanelor cu handicap reglementează astfel: *„(1) Persoanele cu handicap pot fi încadrate în muncă conform pregătirii lor profesionale şi capacităţii de muncă, atestate prin certificatul de încadrare în grad de handicap, emis de comisiile de evaluare de la nivel judeţean sau al sectoarelor municipiului .... (2) Autorităţile şi instituţiile publice,* ***persoanele juridice, publice sau private, care au cel puţin 50 de angajaţi, au obligaţia de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puţin 4% din numărul total de angajaţi****. (3) Autorităţile şi instituţiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează* ***persoane cu handicap în condiţiile prevăzute la alin. (2), plătesc lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe ţară garantat în plată înmulţit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap***";

- informațiile publice afișate de Ministerul Finanțelor Publice pe site-ul propriu *http://www.mfinante.ro/infocodfiscal.html* cu privire la ..., CUI RO ...., prezintă conținutul:

„*Indicatori din situaţiile financiare anuale* ***la 31 decembrie 2017*** *depuse la unităţile teritoriale ale Ministerului Finanţelor Publice cf. Ordinului ministrului finanţelor publice nr. 470/2018 privind principalele aspecte legate de întocmirea şi depunerea situaţiilor financiare anuale şi a raportărilor contabile anuale ale operatorilor economici la unităţile teritoriale ale Ministerului Finanţelor Publice, precum şi pentru modificarea şi completarea unor reglementări contabile, de către entităţile prevazute la pct.9 alin.(2) din Reglementarile contabile aprobate prin OMFP nr 1.802/2014, cu modificarile si completarile ulterioare, al caror exercitiu financiar coincide cu anul calendaristic, respectiv microentitati.*

cod unic de identificare:.....":

……

Prin urmare, afirmația petentei conform căreia respectivul ofertant ar fi deținut 56 de salariați și astfel ar fi datorat sumele reglementate de art. 78 din Legea nr. 448/2006 privind protecţia şi promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, dar care nu au fost cuprinse în prețul prestației ofertată, este neîntemeiată, în captura de ecran reprodusă de petentă în contestație fiind reflectată situația financiară a anului 2016, fără vreo relevanță în raport cu contractul care urmează a se atribui și pentru care a fost întocmit devizul ofertă, în care se dovedește că ... nu trebuia să prevadă vreo sumă datorată „***bugetului de stat pentru numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap***".

Întrucât critica petentei referitoare la oferta clasată pe locul 2 este neîntemeiată, Consiliul nu va mai proceda la analizarea criticilor formulate de către ... cu privire la oferta clasată pe locul 1, deoarece oricare ar fi rezultatul analizei, acesta nu va profita contestatoarei, fiind astfel lipsite de interes, ceea ce nu înseamnă însă că petenta nu poate face uz de posibilitatea reglementată de art. 67 din Legea nr. 101/2016, de a sesiza ANAP „***în conformitate cu legislaţia privind achiziţiile publice****, legislaţia privind achiziţiile sectoriale sau legislaţia privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii*".

Față de cele constatate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ... astfel:

- ca nefondate, capetele de cerere constituite de solicitările constând în: *„reanalizarea ofertei societatii comerciale situată in clasament pe locul 2 si verificarea legalitatii cel puţin a aspectelor semnalate in actuala Contestatie cu rigurozitatea impusa de legislaţia in domeniul achiziţiilor publice; anularea proceselor verbale intermediare care constata admisibilitatea ofertelor financiare depuse de către candidaţii de pe locurile 1 si 2; anularea Comunicărilor privind rezultatul procedurii; anularea Raportului procedurii nr. .../16.02.2018; adoptarea masurilor de remediere a situatiei ce reprezintă obiectul prezentei Contestatii"*;

- ca lipsită de interes, solicitarea contestatoarei de *reanalizare a ofertei societatii comerciale situată in clasament pe locul 1*.

Decizia este obligatorie, potrivit dispoziţiilor art.28 alin.(1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în municipiul ..., str. ...nr. ..., bl...., sc. ...., ap...., sector ..., în contradictoriu cu ... cu sediul în ..., str. ...nr...., județul ..., astfel:

- ca nefondate, capetele de cerere constituite de solicitările constând în: *„reanalizarea ofertei societatii comerciale situată in clasament pe locul 2 si verificarea legalitatii cel puţin a aspectelor semnalate in actuala Contestatie cu rigurozitatea impusa de legislaţia in domeniul achiziţiilor publice; anularea proceselor verbale intermediare care constata admisibilitatea ofertelor financiare depuse de către candidaţii de pe locurile 1 si 2; anularea Comunicărilor privind rezultatul procedurii; anularea Raportului procedurii nr. .../16.02.2018; adoptarea masurilor de remediere a situatiei ce reprezintă obiectul prezentei Contestatii"*;

- ca lipsită de interes, solicitarea contestatoarei de *reanalizare a ofertei societatii comerciale situată in clasament pe locul 1*.

Obligatorie.

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

Preşedinte	**Membru**	**Membru**
...	**...**	**...**