CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ....
Data: ....

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., depusă de ..., cu sediul în ....., privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, cod CPV ..., conform ”anunțului de participare nr. ...”, organizată de ..., cu sediul în str. ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea raportului procedurii nr. ... și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicării nr. ... și obligarea autorității contractante să adopte următoarele măsuri de remediere:

- să reanalizeze oferta sa financiară prin raportare la clarificarea nr. ... postată în SEAP, precum și la Instrucțiunea ANAP nr. ..., publicată în Monitorul Oficial nr. ..., în vigoare la data depunerii ofertelor;
- să continue procedura considerând acceptabilă oferta sa.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, în urma publicării în SEAP a ”anunțurilor de participare nr. ... și ...”, a formulat o solicitare de clarificare pentru anunțul ... prin care a rugat autoritatea contractantă să clarifice dacă la întocmirea proiectului și stabilirea valorii estimate a contractului a luat în considerare și creșterea prețurilor la materiile prime și materiale din ultima perioadă, dar și creșterea tarifului orar la manoperă începând cu data de .....

Răspunsul autorității contractante din clarificarea nr. ....a fost „La întocmirea proiectului, pentru materiile prime și materiale s-au luat în considerare prețurile pieței aferente sfârșitului anului 2018. S-a luat în considerare salariul brut minim pe economie la nivelul anului 2018 (1.900 lei/lună), nu s-a luat în considerare creșterea tarifului orar la manoperă începând cu data de .... (listele au fost create în 2018).”

Cu ocazia vizitei în șantierul de la Mihăești, reprezentanții autorității contractante au comunicat că precizările aferente anunțului ..., sunt valabile și pentru anunțul ....

Urmare a acestei clarificări emise de către autoritatea contractantă s-a decis participarea la procedură cu un tarif al manoperei de 12,5 lei/oră, considerând că, în aplicarea prevederilor Instrucțiunii ANAP nr. ..., prețul contractului va fi actualizat, odată cu semnarea contractului (art. 6 alin. (2) din Instrucțiunea ANAP, în vigoare la data depunerii ofertelor).

La data de ...., autoritatea contractantă i-a solicitat să clarifice tariful de manoperă de 12,50 lei/oră.

Contestatorul arată că, chiar dacă a răspuns că tariful manoperei practicat este superior celui luat în calcul de autoritate (11,40 lei/oră) la momentul inițierii procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, oferta sa a fost declarată inacceptabilă pe motiv că „ofertantul nu a respectat tariful minim orar valabil la data de .... respectiv 17,928 lei/oră”.

... consideră că decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală având în vedere o serie de argumente dezvoltate în continuare.

Autoritatea contractantă este cea care a confirmat că tariful de manoperă aferent prezentei proceduri a fost cel din anul 2018. Aceasta își întemeiază decizia pe prevederile caietului de sarcini, pct. 11 - Cuantumul cheltuielilor cu manopera vor respecta în mod obligatoriu prevederile legislației in vigoare privind salarizarea,

preluate în mod automat în fișa de date a achiziției la Cap. IV.4.2 Modul de prezentare a propunerii financiare.

Caietul de sarcini aferent acestei proceduri a fost aprobat la data de ...., anterior emiterii OUG nr. 114/2018 prin care a fost modificat salariul minim în construcții. Referatul de necesitate prin care a fost determinată valoarea estimată a procedurii pe baza devizului estimativ al proiectantului a fost și el aprobat la data de ...., anterior emiterii OUG nr. 114/2018 prin care a fost modificat salariul minim in construcții. Astfel, raportându-se la data inițierii procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică oferta este acceptabilă deoarece tariful de 12,50 lei/oră este superior celui de aprox. 11,40 lei/oră aferent anului 2018.

Este neechivoc faptul că în măsura în care o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică a fost inițiată anterior apariției unor modificări legislative privind salarizarea, aceasta va fi continuată având în vedere vechea reglementare, iar actualizarea tarifului de manoperă se va face la semnarea contractului.

Actualizarea tarifului de manoperă până la acoperirea creșterii salariului minim a fost menținută și prin Instrucțiunea ANAP nr. 1/2019 care a modificat Instrucțiunea nr. 2/2018.

Astfel am clarificat obligația autorității contractante de a actualiza tariful de manoperă în măsura în care procedura de atribuire a unui contract a fost inițiată înainte de modificarea acestui tarif.

Invocând prevederile art. 8 alin. (1) și (2) și art. 9 alin. (1) și (3) lit. e) din HG nr. 395/2016, contestatorul susține că procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică începe cu etapa de planificare/pregătire care cuprinde și determinarea valorii estimate a contractului, care în cazul nostru s-a efectuat la data de 10.12.2018 (data referatului de necesitate și a caietului de sarcini).

În speța de față, toate documentele aferente procedurii de achiziție publică au fost întocmite și aprobate anterior datei de 01.01.2019 (data de la care s-a modificat tariful minim de manoperă), astfel că la această dată, procedura era în derulare. Drept urmare, coroborând prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2018 cu clarificarea nr. ..., ”valabilă și pentru anunțul ...” și cu cele prezentate anterior, este dovedit faptul că autoritatea contractantă avea obligația de a considera acceptabilă o ofertă ce conținea un tarif al manoperei superior celui din anul 2018, o eventuală actualizare urmând a se realiza la data semnării contractului, respectând Instrucțiunile ANAP.

Autoritatea Contractantă este cea care a publicat în SEAP o procedură care nu respectă prevederile legislației în vigoare privind salarizarea deoarece a confirmat că tariful de manoperă este cel aferent anului 2018. Cum autoritatea contractantă a cunoscut acest

aspect încă de la publicarea în SEAP a documentației de atribuire, este clar că și-a asumat prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2018 de actualizare a prețului manoperei.

În punctul său de vedere nr. .... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ....**,** autoritatea contractantă arată că, în data de ...., prin comunicarea nr. ....., oferta societății ... a fost declarată de către comisia de evaluare ca fiind inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 care prevăd „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/ completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”, iar potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. d) din același act normativ „În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: d) nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii, atunci când aceasta cerința este formulată în condițiile art. 51 alin. (2) din Lege”. Astfel comisia de evaluare a respins oferta societății ... în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

La adoptarea deciziei, comisia de evaluare a avut în vedere și prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: a) a încălcat obligațiile stabilite potrivit art. 51, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi decizii ale autorităților competente prin care se constată încălcarea acestor obligații”.

Autoritatea contractantă opinează că criticile aduse de contestator sunt nefondate având în vedere art. 7 din Instrucțiunea ANAP nr. ... prin care este definită în mod expres „situația imprevizibilă”, în prezenta speță nefiind aplicabil acest articol, mai mult aceste prevederi legale nu-l absolvă pe contestator de neîndeplinirea dispozițiilor legale privind condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii, în cuprinsul ofertei depuse, în speță a prevederilor art. 71 alin. (1) din OUG nr. 114/2018 privind instituirea unor măsuri în domeniul investițiilor publice și a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene, cu modificările și completările ulterioare. Contestatorul a menționat în Devizul general

prețul manoperei în valoare de 12,5 lei și nu în cuantum de 17,928 lei cât este prevăzut în OUG nr. 114/2018.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația depusă de către ..., ca nefondată.

Față de susținerile părților şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare simplificat nr. .... și a documentației de atribuire aferente.

Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la decizia autorității contractante de a declara inacceptabilă oferta depusă de ..., deoarece acesta a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări vizând tariful mediu utilizat, de 12,5 lei cuprins în oferta sa.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestator, este de remarcat că documentația de atribuire, publicată în SEAP, nu a fost contestată, ..., neînțelegând să uzeze nici de dreptul de a solicita clarificări conform art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (pentru procedura inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. .....), drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru asocierea de operatori economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Astfel, documentația acceptată implicit de ofertant îi impunea acestuia să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016: *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției,* precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*.

Prin depunerea ofertei se înțelege că ofertantul și-a însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu i se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

În acest sens, Consiliul reține că, autoritatea contractantă a inițiat prezenta procedură de atribuire, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., precum și a documentației de atribuire aferente (fișa de date a achiziției, caiet de sarcini etc.), din care rezultă că termenul limită pentru primirea ofertelor a fost la .....

În cuprinsul acestei documentații autoritatea contractantă a impus, potrivit cerinței de la pct. *IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare* din cadrul fișei de date a achiziției:

1. Propunerea financiara va fi exprimata în Lei.

2. Propunerea financiara trebuie sa se incadreze in fondurile care pot fi disponibilizate pentru indeplinirea contractului de achizitie publica respectiva.

(...)

11. Cuantumurile cheltuielilor cu manopera vor respecta in mod obligatoriu prevederile legislatiei in vigoare privind salarizarea.

De asemenea, cerința a fost menținută și în cadrul caietului de sarcini, astfel:

10. Modul de prezentare a propunerii financiare (...)

● *11. Cuantumurile cheltuielilor cu manopera vor respecta in mod obligatoriu prevederile legislatiei in vigoare privind salarizarea.*

În cadrul propunerii financiare a ..., respectiv în *Formularul C7 - Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru*, acesta a declarat un tarif mediu de manoperă de 12,50 lei/ora, tarif pe care contestatorul îl susține și în cuprinsul contestației sale.

Prin adresa nr. ....., autoritatea contractantă a solicitat ... mai multe clarificări vizând conținutul ofertei sale, printre care se regăsește și: *12. Având în vedere faptul că tariful mediu utilizat, respectiv 12,5 lei nu respectă prevederile legislației în vigoare privind salarizarea, clarificați*.

La această solicitare, ... a răspuns, cu adresa din 04.06.2019, precizând, printre altele și: *12. În data de 22.01.2019 autoritatea contractantă "..." a publicat în SEAP atât procedura prezentă sub nr. ..., cât și procedura privind lucrarea ....*

Pentru procedura .... am solicitat clarificări privind modul de stabilire a valorii estimate a contractului, precum și cu privire la prețurile materialelor și al tarifului de manoperă care s-a folosit pentru determinarea valorii estimate.

Răspunsul autorității contractante "..." materializat în adresa nr. ... atașată, a fost că "la întocmirea proiectului, pentru materiile prime și materiale s-au luat în considerare prețurile pieței aferente sfârșitului anului 2018. S-a luat în considerare salariu brut minim pe economie la nivelul anului 2018 (1.900 lei/lună), nu s-a luat în considerare creșterea tarifului orar la manoperă începând cu data de ... (listele au fost create în 2018). Astfel ni s-a confirmat faptul că se va lua în calcul salariul minim pe economie aferent anului 2018, ceea ce înseamnă ≈ 11,40 lei/ora (sub tariful de 12,5 lei/ora practicat de societatea noastră).

Referitor la aspectele mai sus menționate, Consiliul reține că prin OUG nr. 114/2018 în vigoare de la **....**, Guvernul a stabilit *instituirea unor măsuri în domeniul investiţiilor publice şi a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea şi completarea unor acte normative şi prorogarea unor termene,* printre care se regăsesc și cele privind:

art. 71. - (1) Prin derogare de la prevederile art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, până la sfârşitul anului 2019, pentru domeniul construcţiilor, salariul de bază minim brut pe ţară garantat în plată se stabileşte în bani, fără a include indemnizaţiile, sporurile şi alte adaosuri, la suma de 3.000 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând în medie ***17,928 lei/oră.*** *(...)*
(4) Nerespectarea prevederilor alin. (1) şi (2) de către societăţi constituie contravenţie şi se sancţionează potrivit dispoziţiilor art. 260 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 53/2003, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, şi atrage anularea acordării facilităţilor fiscale. Recalcularea contribuţiilor şi a impozitului se efectuează în conformitate cu prevederile Legii nr. 227/2015, cu modificările şi completările ulterioare. Pentru diferenţele de obligaţii fiscale rezultate ca urmare a recalculării contribuţiilor sociale şi impozitului pe venit se percep dobânzi şi penalităţi de întârziere potrivit dispoziţiilor art. 173 din Legea nr. 207/ 2015 privind Codul de procedură fiscală, cu modificările şi completările ulterioare.

În sensul celor mai sus reținute Consiliul constată că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... emisă de președintele ANAP. Astfel, apare ca evident faptul că orice operator economic posibil ofertant în cadrul acestei proceduri trebuia să țină cont de cerințele documentației de atribuire aferente, publicate în SEAP la aceeași dată cu anunțul, cea mai relevantă în speță fiind cea referitoare la: *11. Cuantumurile cheltuielilor cu manopera vor respecta in mod obligatoriu prevederile legislatiei in vigoare privind salarizarea*, care se regăsește, atât în fișa de date a achiziției, cât și în caietul de sarcini, cu referire la propunerea financiară. Or, în acest sens, este clar că aplicabile sunt prevederile OUG nr. 114/2018, în vigoare de la **....** Astfel, la termenul limită pentru primirea ofertelor, respectiv **...**, ofertanții aveau obligația utilizării tarifului prevăzut la art. 71 alin. (1) din Ordonanța de mai sus, *reprezentând în medie* ***.....***

Mai mult, referitor la răspunsul autorității contractante din adresa nr. ..., la solicitarea de clarificări a contestatorului din cadrul altei proceduri de atribuire inițiate cu anunțul simplificat de participare ...., Consiliul apreciază că acesta nu poate fi considerat relevant, neexistând nicio referință privind prezenta procedură de atribuire.

Nerespectarea prevederilor/cerințelor documentației de atribuire conduce în mod legal la respingerea respectivei oferte, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului privind tariful mediu ofertat de 12,50 lei, răspunsul ... fiind considerat, în mod corect, neconcludent.

Referirea contestatorului la aplicabilitatea Instrucţiunii nr. 2/2018 emisă de președsintele ANAP este eronată, deoarece, potrivit art. 18*: (1) Prevederile prezentei instrucţiuni se aplică procedurilor de atribuire şi contractelor/acordurilor-cadru de achiziţie publică/sectorială aflate în derulare la data publicării prezentei instrucţiuni, indiferent de legea care le este*

aplicabilă, precum şi procedurilor de atribuire şi contractelor/acordurilor-cadru de achiziţie publică/sectorială ce vor fi încheiate după intrarea acesteia în vigoare. Or, precizarea nu ia în considerare ofertarea unui tarif mai mic decât cel legal prevăzut (în vigoare), la data inițierii respectivei proceduri, cu acordarea posibilității de ajustare a prețului contractului de achiziție publică la încheierea acestuia.

În final, este de reținut și faptul că prezenta procedură de atribuire a fost anulată, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația ..., ca nefondată.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.