

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la CNSC cu nr. /, înaintată de SC SRL, în calitate de lider al Asocierii SC, cu sediul în, ..., CUI 12550535, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată legal de - Administrator, împotriva solicitării de clarificări nr. DPA/1367.1/....., emisă de, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii, licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect achiziția serviciilor de asistență tehnică pentru pregătirea proiectului "INSTALAȚIE DE TRATARE TERMICĂ ȘI VALORIFICARE ENERGETICĂ A DEȘEURILOR MUNICIPALE DIN", coduri CPV 71356200-0, 71241000-9, 71322000-1, 90700000-4, s-au solicitat următoarele:

-
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii și reevaluarea ofertei sale cu luarea în considerare a justificărilor de preț furnizate.

Prin aceeași contestație s-a mai solicitat și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei, cerere soluționată prin Încheierea nr. 61/...../...../04.08....., în sensul respingerii acesteia ca nefondată.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluționeze contestația

de față, prin care SC SRL atacă solicitarea de clarificări nr. DPA/1367.1/....., emisă de autoritatea contractantă în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea, după ce face un scurt istoric al desfășurării procedurii, precizează că autoritatea i-a cerut o serie de clarificări cu privire la oferta depusă și, cu toate că, în cadrul răspunsurilor anterioare, a prezentat toate informațiile solicitate, în data de, a primit adresa DPA nr. 1367.1 prin care i se cereau următoarele:

"Având în vedere răspunsul la solicitarea de clarificări înregistrat cu numărul DPA 1382/15.07....., în temeiul prevederilor art. 361 alin. (2) din HG nr. 925/2006, vă solicităm să transmiteți documentele justificative în susținerea fundamentării economice a modului de formare a prețului pentru a avea posibilitatea de a verifica valorile incluse în calculul prețului ofertat astfel încât să se asigure că aceste costuri sunt reale.

În consecință, vă solicităm să prezentați orice document justificativ (contract individual de muncă, convenție, stat de salarii, extras Revisal, ș.a.), încheiat în conformitate cu prevederile legale aflate în vigoare, între ofertant și experții propuși, din care să reiasă faptul că tariful zilnic propus în ofertă pentru experții (angajați ai firmei), corespunde cu costul zilnic al muncii, conform documentelor prezentate.

Precizăm că argumentul caracterului confidențial al salariilor invocat nu poate fi reținut, întrucât există posibilitatea transmiterii contractelor individuale de muncă cu anonimizarea datelor cu caracter personal precum numele, prenumele, CNP-ul, numărul cărți de identitate, etc cu evidențierea doar a salariului, acesta fiind elementul care reprezintă relevanță pentru justificarea prețului.

În cazul în care nu prezentați documentele justificative, vă asumați riscul ca oferta dumneavoastră să fie declarată neconformă".

Contestatoarea susține că această ultimă solicitare de clarificări este nelegală întrucât încalcă dispozițiile art. 163 din Codul Muncii potrivit căruia: "*Salariul este confidențial, angajatorul având obligația de a lua măsurile necesare pentru asigurarea confidențialității*", prezentând în cele ce urmează considerentele în baza cărora se poate concluziona faptul că solicitarea divulgării salariului angajaților este nelegală:

1. Prin Decizia Curții Constituționale nr. 615/2006 s-au statuat următoarele:

■ Salariul concret al unei persoane, stabilit în cadrul limitelor minime și maxime prevăzute în actele normative, ținând seama de importanța muncii depuse, de contribuția adusă la realizarea sarcinilor și de situația sa personală, nu mai prezintă interes public, intrând în sfera interesului privat al persoanei;

■ Astfel, în acest context, art. 158 din Codul muncii (devenit art. 163 după republicare) își găsește pe deplin aplicabilitatea și utilitatea. În consecință, Curtea constată că dispozițiile art. 2 lit. b), art. 12 alin. (1) lit. d) și art. 14 alin. (1) din Legea nr. 544/2001, precum și ale art. 158 alin. (1) din Codul muncii (devenit art. 163 după republicare) nu contravin nici art. 31 alin. (1) și (3) și nici art. 53 din Constituție.

2. La nivel doctrinar s-a statuat faptul că principiul confidențialității salariului derivă din caracterul individual, personal al contractului individual de muncă, din principiul negocierii directe a salariului. Confidențialitatea joacă un rol stimulatîv pentru salariați și permite patronului să plătească salarii conform performanțelor individuale și rezultatelor muncii fiecăruia fără convulsii la locul de muncă. (A. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan)

3. Potrivit art. 15 din Codul Civil *„Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe”*.

4. Susținerea autorității potrivit căreia *“există posibilitatea transmiterii contractelor individuale de muncă cu anonimizarea datelor cu caracter personal”*, este, în opinia sa, lipsită de relevanță pentru determinarea ratei unui expert. Argumentele autorității contractante referitoare la anonimizarea datelor cu caracter personal (precum numele, prenumele, CNP-ul, numărul cărții de identitate etc.) cu evidențierea doar a salariului, nu pot fi reținute, întrucât elementul confidențial, reglementat astfel de legiuitor, este însuși salariul (art. 163 alin. (1) din Codul Muncii și nu elementele menționate de autoritatea contractantă (nume, CNP, adresa etc.).

SC SRL afirmă că, pornind de la cele de mai sus, se poate constata fără echivoc faptul că solicitarea autorității contractante, de prezentare a salariilor experților, este una nelegală și abuzivă. Prezentarea unui contract individual de muncă, fără datele de identificare ale expertului propus nu ar face posibilă identificarea remunerației acestuia, în contextul în care nu ar putea fi efectuată legătură dintre contractul depus și rata ofertată pentru expertul propus. Ceea ce s-ar putea identifica ar fi un posibil nivel de salarizare la nivelul companiei, informație care a fost furnizată prin răspunsul anterior.

În cadrul documentelor de calificare, depuse odată cu oferta, s-au atașat deja copii de pe contracte de muncă/extrase din Revisal pentru experții cheie (angajați ai ofertantului) în care s-au șters numai datele referitoare la salarii (acesta fiind considerat confidențial de către legiuitor), celelalte date personale cum ar fi nume, CNP, adresă etc. fiind vizibile. Redepunerea lor în etapa de justificare a prețului ofertat cu anonimizarea unor date cu caracter personal deja prezentate (precum numele, prenumele, CNP-ul,

numărul cărții de identitate etc), coroborat cu dezvăluirea datelor referitoare la salarii, va conduce la identificarea extrem de facilă, chiar automată, a persoanei respective și salariului aferent acesteia, astfel că argumentele autorității contractante, referitoare la anonimizarea numelor, nu pot fi reținute.

Contestatoarea subliniază că solicitarea repetitivă a autorității contractante referitoare la punerea la dispoziție a contractelor individuale de muncă, convenție, stat de salarii, extras Revisal, ș.a.m.d., încalcă prevederile Codului Muncii referitoare la confidențialitatea nivelului de salarizare și pune ofertantul în situația de a încălca și el, la rândul său, prevederile legislative în vigoare și de a fi expus ulterior unor acuzații grave/procese din partea angajaților.

SC SRL arată că nu a respins ab initio solicitarea autorității contractante de a divulga nivelul de salarizare al experților, ci a făcut demersuri în sensul solicitării acordului angajaților pentru furnizarea acestei informații catalogată în mod expres de legiuitor ca fiind confidențială (a se vedea Anexa 6 - mențiunea olografă făcută de angajați). Dat fiind refuzul expres al angajaților de a li se face cunoscut salariul în raport cu autoritatea contractantă, este obligată să respecte atât litera legii, cât și voința angajaților.

Potrivit precizărilor aflate la nivelul secțiunii IV.4 din Fișa de date, propunerea financiară urmează a se prezenta prin completarea Formularului 17 și anexei la acesta din secțiunea Formulare (Anexa 8). Formularul conține valoarea totală a serviciilor, iar prin anexă se face defalcarea bugetului la nivel de activitate (studii teren, revizuire studiu de fezabilitate inclusiv ACB, realizare Master Plan, Analiză Instituțională, Aplicația de Finanțare, Studiu de Oportunitate, Diverse și Neprevăzute).

După cum se poate lesne constata, autoritatea contractantă nu a manifestat, la momentul lansării procedurii de achiziție, vreun interes în a afla măcar tariful zilnic propus pentru experții cheie nominalizați în ofertă și cu atât mai puțin corespondența acestuia cu așa numitul cost zilnic al muncii, astfel că solicitările autorității contractante în sensul corelării acestora adaugă aspecte noi la documentația de atribuire.

Conform dispozițiilor legale aplicabile, în cazul în care, pe parcursul evaluării, se constată existența unei oferte cu preț aparent neobișnuit de scăzut, autoritatea contractantă are obligația de a efectua verificări detaliate în condițiile art 202 alin. (2) din OUG nr. 34/2006. Or, condițiile enunțate de art. 202 alin. (2) din actul normativ mai sus menționat prevăd obligația autorității contractante de a lua în considerare justificările primite de la ofertant, îndeosebi cele care se referă la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție sau serviciilor prestate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor, pentru furnizarea produselor sau prestarea serviciilor;

c) originalitatea ofertei din punct de vedere al îndeplinirii tuturor cerințelor prevăzute în caietul de sarcini;

d) respectarea dispozițiilor privind protecția muncii și condițiile de lucru aplicabile pentru executarea lucrării, prestarea serviciului sau furnizarea produselor.

Contestatoarea consideră că în evaluarea ofertelor și în vederea verificărilor în legătură cu prețul ofertat, documentele-suport relevante prezentate în sensul de a susține fundamentarea economică a modului de formare a prețului și care trebuie să fie acceptate de autoritatea contractantă, pot fi contract individual de muncă, convenție, stat de salarii, extras Revisal sau orice alte documente justificative, autoritatea contractanta neavând dreptul de a limita aria acestor acte exclusiv la un anume tip.

Singurele ipoteze prevăzute de legiuitor pentru respingerea ofertei, în situația verificărilor efectuate cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut sunt fie când ofertantul nu prezintă informațiile solicitate, fie când aceste informații nu pot justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut. Nu ne aflăm în niciuna dintre cele două ipoteze întrucât au fost prezentate informațiile solicitate care justifică prețul ofertat. Au fost prezentate atât justificări detaliate și temeinice privind fundamentarea economică a modului de formare a prețului, inclusiv nivelul de salarizare a forței de muncă, cât și documente justificative care susțin această fundamentare economică. A se vedea, în acest sens, răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1319.1/03.07....., căruia s-a atașat Situația salariilor împreună cu Declarația 112, tocmai în sensul cerinței de a depune "orice document justificativ". Din documentele justificative/suport depuse în susținere rezulta costul mediu orar pe angajat, care coincide cu cel ofertat, rezultat din justificare.

Contestatoarea consideră că niciunul dintre argumentele pe care își construiește autoritatea contractantă măsura excluderii sale de la licitație nu este de natură să probeze în mod cert că nu ar putea presta serviciile la prețul pe care și l-a asumat prin ofertă, motiv pentru care a decis să procedeze la transmiterea unei solicitări de clarificări nelegale anticipând cu bună-știință răspunsul.

Cu privire la răspunsul la Notificarea prealabilă, SC SRL prezintă următoarele aspecte:

1. Deși răspunsul este formulat de autoritatea contractantă Primăria Municipiului, acesta este semnat de Președintele

Comisiei de Evaluare ..., aceeași persoană care a semnat și solicitarea de clarificări contestată.

2. Din lecturarea acestui răspuns, se poate observa că nu au fost analizate elementele de nelegalitate evidențiate, nefiind comunicate motivele pentru care autoritatea contractantă a înțeles să înlăture argumentele de natură legală prezentate, ci se rezumă doar la a prezenta atribuțiile comisiei de evaluare reglementate prin HG nr. 925/2006.

3. Considerentele avute în vedere de autoritatea contractantă, dovedesc nu doar o analiză formală a speței dedusă soluționării pe calea procedurii prealabile, ci sunt de natură să ridice serioase semne de întrebare cu privire la modul în care autoritatea contractantă a înțeles să soluționeze notificarea prealabilă.

4. Pentru aceste motive, s-a transmis către autoritatea contractantă răspuns la solicitarea de clarificări contestată (Anexa 7), cu informațiile care puteau fi furnizate din punct de vedere legal astfel încât SC SRL, în calitate de angajator, să nu lezeze drepturile angajaților și să se supună astfel unor riscuri majore în ceea ce privește litigiile în domeniul dreptului muncii.

Contestatoarea precizează următoarele:

1. Date fiind argumentele de natură legală prezentate anterior, argumente care beneficiază de notorietate prin prisma faptului că sunt reglementate la nivel legislativ, iar potrivit principiului de drept *nemo consetur ignorare legem* (nimeni nu poate invoca necunoașterea legii), se creează suspiciuni rezonabile cu privire la scopul urmărit de autoritatea contractantă prin afirmația *"în cazul în care nu prezentați documentele justificative, vă asumați riscul ca oferta dumneavoastră să fie declarată neconformă"*.

2. Atitudinea intenționată a autorității contractante de a solicita informații al căror regim confidențial îl cunoaște, punând astfel ofertantul în imposibilitatea legală de a da curs solicitării sale, poate îmbrăca forma fraudei, fie sub forma fraudei la lege, fie sub forma fraudării intereselor private, astfel cum este definită la nivel doctrinar.

3. Principiul legalității actelor administrative presupune atât ca autoritățile administrative să nu încalce legea, cât și ca toate deciziile lor să se întemeieze pe lege. Prin urmare, în procesul executării, din oficiu, a actelor administrative trebuie asigurat un anumit echilibru, precum și anumite garanții de echitate, întrucât acțiunile autorităților publice nu pot fi discreționare, iar legea trebuie să furnizeze o protecție adecvată împotriva arbitrariului.

4. Așa cum legea de specialitate stipulează, autoritatea are obligația să respecte principiul legal al eficienței utilizării fondurilor publice și nu să respingă o ofertă al cărei preț, chiar dacă ar fi

neobișnuit de scăzut, este unul justificat și real, care nu influențează executarea obligațiilor contractuale asumate.

5. Art. 78 teza I din HG nr. 925/2006 obligă autoritatea contractantă să stabilească acele clarificări și completări necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și să solicite ofertanților toate elementele relevante analizării temeinice a ofertelor și nu să solicite, cu intenție, informații care intră în sfera confidențialității, anticipând răspunsul ofertantului și speculând excluderea acestuia din procedură.

6. Elocventă este și decizia civilă nr. 1314/22.03.2012 în care Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal a precizat că procedura de achiziție publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public, se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea cu strictețe a scopului ordonanței și a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art. 2), acestea presupunând nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalență unor aspecte nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproporționat în raport cu celelalte elemente ale procedurii.

7. Orice decizie a autorității contractante, privind admiterea sau respingerea unei oferte, trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele și pe probe concludente și nu pe elemente arbitrare, solicitate în mod discreționar "în disprețul legii".

Prin adresa nr. DPA 1412.1/02.08....., înregistrată la CNSC cu nr. 23541/02.08....., ... a transmis punct de vedere cu privire la contestația înaintată de SC SRL susținând că a respectat prevederile legale în materie. Astfel, observând prețul neobișnuit de scăzut, astfel cum este acesta definit în OUG nr. 34/2006, aplicabilă în speță, în temeiul prevederilor art. 202 alin. (1) din aceeași normă legislativă și a art. 361 alin. (2) din HG 925/2006, a respectat obligația impusă de lege și a solicitat ofertantului justificarea acestui preț, prin prezentarea de detalii și precizări pe care le consideră semnificative cu privire la ofertă.

Ca urmare a cererii de lămuriri cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut, contestatoarea a prezentat, în primă fază, extrase de pe portalul Institutului Național de Statistică din care reieșea salariul mediu pe economie, făcând astfel corespondență cu nivelul de salarizare al experților propuși în contract și justificând faptul că remunerația acestora depășește nivelul legal impus. Solicitarea de clarificări în ceea ce privește nivelul de salarizare, al experților propuși, respectiv prezentarea de documente justificative din care să reiasă nivelul de salarizare se bazează pe necesitatea evaluării efective (concrete) a ofertei financiare. Drept urmare,

contestatoarea a făcut trimitere la contractele de muncă anexate documentelor de calificare și, în plus, a prezentat o situație generală a salarizării de nivel de societate.

Referitor la aceste aspecte, autoritatea contractantă arată următoarele:

(i) În ceea ce privește contractele de muncă ale experților propuși, ofertantul a ascuns în mod intenționat nivelul de salarizare, invocând prevederile art. 163 din Codul muncii referitor la confidențialitatea remunerației.

Curtea de Apel, prin Decizia nr. 6108/2014, pronunțată în Dosarul nr. 4456/2/2014, a statuat că: "Argumentul caracterului confidențial al salariilor invocat de intimatele -contestatoare nu poate fi reținut, întrucât acestea aveau posibilitatea transmiterii contractelor individuale de muncă cu anonimizarea datelor cu caracter personal precum numele, prenumele CNP-ul, numărul cărții de identitate etc., cu evidențierea doar a salariului, acesta fiind elementul care prezintă relevanță în justificarea prețului."

Chiar și CNSC-ul, ca instanță jurisdicțională de fond, a reținut în spețe similare că: "*confidențialitatea salariilor angajaților nu poate fi opusă ca motiv pentru nejustificarea tarifului orar ofertat*".

În plus, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit, prin Decizia nr. 37/2015, faptul că "*în cazul cererilor de liber acces la informații de interes public întemeiate pe dispozițiile Legii nr. 544/2001, atunci când informațiile de interes public și informațiile cu privire la datele cu caracter personal sunt prezente în cuprinsul aceluiași document, indiferent de suportul ori de forma sau de modul de exprimare a informațiilor, accesul la informațiile de interes public se realizează prin anonimizarea informațiilor cu privire la datele cu caracter personal; refuzul de acces la informațiile de interes public, în condițiile în care informațiile cu privire la datele personale sunt anonimizate, este nejustificat*".

Mai mult, pentru a preveni producerea anumitor prejudicii, legiuitorul, la capitolul reguli comune aplicabile pentru atribuirea contractului de achiziție publică, a stabilit în sarcina autorității contractante, la art. 24 din OUG nr. 34/2006, aplicabilă în speță, "*obligația de a asigura garantarea protejării acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic (...)*". Rezultă astfel, că, în situația în care anumite aspecte din răspunsul la solicitarea de clarificări, ce privește justificarea prețului neobișnuit de scăzut, ar fi conținut informații confidențiale, ofertantul ar fi trebuit doar să le indice, autoritatea contractantă având obligația de a asigura protejarea respectivelor informații.

Un motiv în plus pentru respingerea alegațiilor contestatoarei, în opinia autorității contractante, îl constituie prevederile art. 74 alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006, aplicabile în speță, care obligă comisia de evaluare și experții cooptați la păstrarea confidențialității asupra conținutului ofertelor, precum și a oricăror altor informații prezentate de către ofertanți, în caz contrar aceștia fiind sancționați disciplinar sau penal.

În consecință, afirmațiile ofertantului privitoare la confidențialitatea salariului nu se susțin, aceste informații nefiind opozabile comisiei de evaluare.

(ii) În ceea ce privește justificarea costurilor cu experții propuși, astfel cum a fost prezentată de contestatoare prin răspunsul la solicitarea de clarificări înregistrat sub nr. 1382/15.07....., din analiza efectuată, anumite aspecte rămân nelămurite și nu sunt în concordanță cu celelalte documente prezentate în cadrul ofertei, motiv pentru care a fost luată decizia formulării solicitării de clarificări contestată.

Astfel, prin răspunsul din data de 15.07....., ofertantul precizează următoarele:

- în justificarea prețului trebuie luat în calcul doar salariile direct productive, fără management, or doi experți propuși în echipa de proiect, dețin funcții de management;

- pentru justificarea prețului se prezintă o sumă globală pentru costurile cu experții, dar propune tarife zilnice diferite pentru experți, astfel încât autorității contractante îi este greu să ia în calcul tariful mediu zilnic propus de 257 de lei;

- salariul expertului ... este de aproximativ 6300 lei brut, or din extrasul din Cartea de muncă, ce a fost atașat documentelor de calificare la pagina 310, reiese că nivelul de salarizare al acestei persoane la nivelul anului 2009 era de 12.911 lei, rezultând astfel o discrepanță majoră față de nivelul salarizării propus în anul pentru același expert.

Având în vedere cele de mai sus, Comisia de evaluare a constatat că explicațiile și documentele depuse prin răspunsul din data de 15.07..... nu sunt în măsură să justifice în mod temeinic modul de calcul a prețului ofertat și, în lipsa documentelor justificative în susținerea fundamentării economice a modului de formare a prețului, nu are certitudinea privind realitatea și justetea calculelor prezentate. În consecință, în temeiul prevederilor art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, comisia de evaluare a considerat necesar pentru o bună aplicare a principiilor specifice achizițiilor publice, formularea solicitării de clarificări, respectiv cea contestată în speță.

În analiza oportunității luării acestei decizii de revenire cu solicitare de clarificări a contribuit în mod semnificativ Decizia nr. 387 din 16

februarie 2010 a Curții de Apel, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, care a reținut că: "Reprezintă o atitudine abuzivă (a autorității contractante) declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta (...) prin prisma interesului public care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidenței".

Pentru respectarea principiului legal al eficienței utilizării fondurilor, autoritatea contractantă afirmă că va aplica, pe parcursul desfășurării achiziției, normele legale, cu aplicarea întocmai a prevederilor textelor de lege aplicabile în materie, stabilind oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile (art. 82 alin. (1) din HG nr. 925/2006), analizând aspectele relevante ce țin de alcătuirea ofertei, modul de formare a prețului fiind unul dintre acestea, cu scopul de a nu crea un avantaj niciunui ofertant.

În concluzie, având în vedere cele de mai sus, ... consideră că solicitarea de clarificări contestată se încadrează în normele legale, motiv pentru care solicită respingerea contestației depuse de SC SRL.

Prin adresa nr. 4356/03.08....., înregistrată la CNSC cu nr. 23745/03.08....., SC SRL a formulat concluzii scrise cu privire la punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă, precizând, în plus, față de aspectele prezentate în contestație, următoarele:

1. Obligația de a solicita ofertanților justificarea prețului nu trebuie să excedă celorlalte prevederi legale, în speță dispozițiilor art. 163 din Codul Muncii. Această interpretare este susținută de dispozițiile art. 15 din Codul Civil potrivit cărora *„Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe”*.

3. Obligația de confidențialitate, instituită de art. 163 din Codul muncii, presupune interdicția pentru angajator de a comunica salariile altor persoane fizice sau juridice, precum și îndatorirea de a lua măsuri pentru asigurarea protejării acestui drept al angajaților.

4. Decizia Curții de Apel nr. 6108/2014, invocată de autoritatea contractantă, prevede faptul că la fundamentarea unui preț se utilizează salariul efectiv pe care societatea îl practică la nivelul său, or în acest context și pentru asigurarea transparenței și susținerea informațiilor puse la dispoziția autorității contractante, prin răspunsul anterior s-au depus documente care dovedesc nivelul mediu de salarizare la nivelul companiei, demonstrând astfel că nivelul tarifar ofertat se încadrează în nivelul de salarizare utilizat de companie.

6. Potrivit Convenției OIM nr. 95/1949 privind protecția salariatului, termenul de salariu reprezintă remunerarea sau câștigurile susceptibile de a fi evaluate în bani stabilite prin acordul părților de către legislația națională pe care angajatorul le datorează unui salariat în baza unui contract individual de muncă, necondiționat de implicarea lui într-unul sau mai multe proiecte.

7. Pornind de la cele reținute de Curtea Constituțională prin decizia nr. 615/2006 potrivit căroră salariul concret al unei persoane nu mai prezintă interes public, intrând în sfera interesului privat al persoanei și coroborat cu faptul că standardele internaționale a protecției datelor personale atât în sectorul public cât și privat au fost stabilite în 1981 de Convenția Consiliului Europei pentru protecția indivizilor privind procesarea automată a datelor personale, se poate conchide că elementul de confidențialitate al salariului trebuie privit prin prisma drepturilor omului, ca un drept separat (corelativ obligației angajatorului) conferit unui individ.

8. În contextul juridic al Uniunii Europene (UE), respectul vieții private și protecția datelor personale au fost recunoscute ca drepturi fundamentale separate în articolele 7 și 8 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene.

9. În ceea ce privește informațiile de interes public ce fac obiectul Legii nr. 544/2001, care sunt invocate de către autoritatea contractantă, potrivit ÎCCJ, noțiunile de date cu caracter personal (sau informația cu privire la datele personale) și de informații de interes public sunt definite de lege după cum urmează:

- prima, de dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 544/2001;

- secunda, de dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 544/2001.

10. Prin urmare, în opinia sa, rezultă fără echivoc faptul că există o distincție clară între noțiunea de "date cu caracter personal", la care se referă decizia invocată de autoritatea contractantă, și cea de "confidențialitatea salariului", aceasta din urmă beneficiind de un regim juridic reglementat în mod expres atât la nivel legislativ, doctrinar și jurisprudențial. Trimiterile făcute la Legea nr. 544/2001 nu au relevanță în speța de față, întrucât nu este vorba de activitățile unei autorități sau instituții publice, ci de informații care aparțin unui operator privat.

11. La justificarea prețului au fost luate în calcul doar salariile direct productive deoarece, în eventualitatea în care oferta este declarată câștigătoare și proiectul urmează a fi implementat, se vor delimita clar costurile cu implementarea proiectului de costurile cu managementul societății implicat în derularea activității generale și conducerea acesteia. Cererea de lămuriri nu a fost clară și nu a invocat aspectele menționate în întâmpinare, altfel s-ar fi răspuns în

consecință, confirmându-se faptul că în abordarea generală de business a societății, în momentul în care cei doi experți, cu funcții de management, ar începe activitatea în cadrul proiectului, activitățile de management general ale acestora ar fi, în mod automat, delegate altor angajați din cadrul societății astfel încât cei 2 experți să-și desfășoare activitatea conform cerințelor din caietul de sarcini.

Tarifele zilnice pentru experți așa cum au fost prezentate la nivel de ofertă, diferențiate pe fiecare expert, având în vedere complexitatea diferită și respectiv calificări și experiență diferite conform cerințelor autorității contractante, generează prin însumare o sumă globală care trebuie evident prezentată în coroborare cu numărul de zile ofertat/impus de către autoritate, de aici rezultând tariful mediu zilnic propus de 257 lei.

12. În cazul celor doi experți cu funcții de management, în momentul cert în care procedura de față s-ar finaliza cu atribuirea contractului către asocierea Ramboll este evident că atribuțiile de management vor fi delegate și preluate în cadrul organigramei societății, la fel și costurile activității de management care nu pot fi atribuite contractului de față, ci vor fi suportate de către companie din bugetul general și nu din bugetul acestui proiect, acest tip de activitate (de management) fiind proprie companiei, iar nu proiectelor.

13. SC SRL nu este agent de muncă temporară și în acest proiect nu închiriază personal, ci execută servicii cu personal angajat, respectiv personal contractat în alte modalități. Dacă în cazul personalului contractat cotația a fost construită tocmai pe baza unui număr estimat de zile/om per proiect, în cazul personalului angajat nu se aplica același algoritm. Astfel, salariul angajaților este aproape irelevant în acest context, în formarea prețului ofertat avându-se în vedere activitatea generală la nivelul SC SRL, nivelul mediu de salarizare etc., care a fost deja prezentat în justificarea de preț.

În concluzie, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu a acționat în spiritul și litera legii în ceea ce privește derularea unei proceduri de achiziții, încălcând prevederile art. 202 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, precum și principiile esențiale în domeniu, respectiv tratamentul egal și utilizarea eficientă a fondurilor.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 24984/....., autoritatea contractantă a transmis documentele de calificare prezentate de contestatoare pentru experții propuși.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect achiziția serviciilor de asistență tehnică pentru pregătirea proiectului "INSTALAȚIE DE TRATARE TERMICĂ ȘI VALORIFICARE ENERGETICĂ A DEȘEURILOR MUNICIPALE DIN", coduri CPV 71356200-0, 71241000-9, 71322000-1, 90700000-4, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr./....., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată fiind de 8.283.555,53 lei, fără TVA.

Consiliul constată că, în cadrul acestei proceduri, a mai fost formulată o contestație, de ..., ce a fost soluționată prin decizia nr. 316/C2/239 din 03.03....., în sensul respingerii ca nefondată.

Nemulțumită de conținutul cererii de clarificări din adresa nr. 1367.1/....., SC SRL a formulat prezenta contestație solicitând cele menționate în partea introductivă.

În acest sens, Consiliul constată că, pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei mai multe clarificări și justificări ale prețului ofertat, iar prin adresa nr. 1367.1/....., i-a cerut următoarele: "... să transmiteți documentele justificative în susținerea fundamentării economice a modului de formare a prețului pentru a avea posibilitatea de a verifica valorile incluse în calculul prețului ofertat astfel încât să se asigure că aceste costuri sunt reale. În consecință vă solicităm să prezentați orice document justificativ (contract individual de muncă, convenție, stat de salarii, extras Revisal s.a.) ... precizăm că argumentul caracterului confidențial al salariilor invocat nu poate fi reținut, întrucât există posibilitatea transmiterii contractelor individuale de muncă cu anonimizarea datelor cu caracter personal precum numele, prenumele, CNP-ul, numărul cărții de identitate, etc cu evidențierea doar a salariului, acesta fiind elementul care reprezintă relevanță pentru justificarea prețului ...".

La această solicitare, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 4228/27.07....., astfel: "... a se vedea în acest sens răspunsul nostru la solicitarea dvs de clarificări nr. 1319.1/03.07..... aferent căruia am prezentat situația salariilor împreună cu Declarația 112, tocmai în sensul cerinței dvs de a depune orice document justificativ. Din documentele justificative/suport depuse în susținere rezultă costul mediu orar pe angajat, care coincide cu cel ofertat, rezultat din justificare. Având în vedere adresa dvs nr. 1367.1/....., prin care reiteați solicitarea ... deoarece analizându-le se constată că societatea are costuri medii cu angajații de 32 lei pe oră, iar în cadrul ofertei și ulterior în justificarea de preț s-au prezentat tot costuri medii de 32 lei pe oră. În cadrul documentelor de calificare depuse odată cu oferta în prezenta procedură, s-au atașat deja copi de pe

contractele de muncă/extrase din Revisal pentru experții cheie (angajați ai societății noastre) nominalizați. Redepunerea lor în această etapă cu anonimizarea unor date cu caracter personal deja prezentate (precum numele, prenumele, CNP-ul, numărul cărții de identitate etc) coroborat cu dezvăluirea datelor referitoare la salarii va conduce la identificarea extrem de facilă, chiar automată, a persoanei respective și salariului aferent acesteia, astfel că argumentele dvs privitoare la anonimizarea numelor nu pot fi reținute ... Cost total mediu/zi fond salarii brut (32,11 lei x 8 ore pe zi), total cost (salarii brute + taxe societate) 257 lei. Din calculele de mai sus și compararea lor, rezultă în mod evident faptul că, pentru experții cheie nominalizați în ofertă (angajați ai firmei), tariful mediu zilnic propus corespunde cu costul mediu zilnic al muncii conform documentelor contabile. Diferența de 1 leu dintre costul mediu/zi de expert oferit și costul mediu/zi de expert rezultat din situațiile contabile ale firmei este sub pragul de semnificație pentru derularea activităților și înregistrărilor financiar contabile ...”.

Totodată, Consiliul are în vedere și documentele prezentate de contestatoare în cadrul documentelor de calificare, respectiv:

- formularul nr. 9 - *lista personalului ce va fi angajat în contract*, respectiv: 1. Lider de echipă-...; 2. Asistent lider de echipă-...; 3. Expert de mediu-...; 4. Expert financiar/instituțional- ...; 5. Expert financiar-...; 6. Expert în managementul deșeurilor-...; 7. Expert în inginerie civilă/expert construcții civile-...; 8. Expert în domeniul energetic EdD/Expert inginer de proces pentru fluxul tehnologic/Inginer mașini termice-...; 9. Expert geotehnic-...; 10. Inginer topograf-...; 11. Expert accesare fonduri europene-...;

- angajament participare; CV; copie diplomă licență; certificat de competențe profesionale; recomandări; copie carte de muncă ce conține toate informațiile cu excepția salariului lunar, pentru ...;

- angajament de participare; CV; certificat de căsătorie; recomandări, copie diplomă inginer; copie carte de muncă, pentru ...;

- angajament de participare; CV; certificat de căsătorie; copie diplomă de inginer; copie diplomă de master; certificat de înregistrare în Registrul Național al elaboratorilor de studii pentru protecția mediului; recomandări, pentru ...

- angajament de participare; CV; certificat de căsătorie; copie diplomă de licență; recomandări; extras Revisal; fișă de pontaj; copie carte de muncă ce conține toate informațiile cu excepția salariului lunar, pentru ...;

- angajament de participare; CV; copie diplomă de licență; recomandări; diplomă studii academice postuniversitare; certificat absolvire *MANAGER DE PROIECT*, pentru ...;

- angajament de participare; CV; copie diplomă inginer; extras REVISAL; recomandări; copie contract de muncă ce conține toate informațiile cu excepția salariului lunar, pentru ...;

- angajament de participare; CV; certificat de căsătorie; copie diplomă inginer; recomandări; copie carte de muncă, pentru ..;

- angajament de participare; CV; copie diplomă inginer; recomandare; copie carte de muncă, pentru ...;

- angajament de participare; CV; copie diplomă inginer; recomandare; diplomă doctor în geologie; extras REVISAL; recomandări, pentru ...;

- angajament de participare; CV; copie diplomă de inginer; certificat de autorizare privind realizarea și verificarea lucrărilor de specialitate din domeniile cadastrului, geodeziei și cartografiei în categoria D; extras REVISAL, pentru ...;

- angajament de participare; CV; certificat căsătorie; diplomă de licență; adeverință absolvire studii postuniversitare; certificat de absolvire *expert accesare fonduri structurale și de coeziune europene*; carnet de muncă; contract individual de muncă ce conține toate informațiile cu excepția salariului lunar; extras REVISAL; recomandări, pentru

Întrucât obiectul prezentei proceduri îl reprezintă „servicii de asistență tehnică”, ponderea importantă, care prezintă relevanță în justificarea prețului ofertat de 2.890.893,35 lei, fără TVA, cu mult mai mic față de valoarea estimată de 8.283.555,53 lei, fără TVA, o reprezintă salariile acordate experților propuși.

În acest sens, referitor la solicitările de clarificări privind fundamentarea prețului ofertat, inclusiv de prezentare a unor documente justificative, Consiliul constată că acestea au fost făcute cu respectarea prevederilor art. 36¹ alin. (2) și (3) din HG nr. 925/2006, care prevăd: *„(2) În cazul în care, pe parcursul evaluării, se constată existența unei oferte cu preț aparent neobișnuit de scăzut în sensul prevederilor alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a efectua verificări detaliate în legătură cu aspectele prevăzute la art. 202 alin. (2) din ordonanța de urgență. (3) În scopul efectuării verificărilor prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă va solicita ofertantului inclusiv documente privind, după caz, prețurile la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare a forței de muncă, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru”.*

Faptul că, în cadrul documentelor de calificare contestatoarea prezentat, pentru fiecare expert nominalizat, și copii ale contractelor de muncă/cărților de muncă/extrase Revisal, este nerelevant, atâta timp cât informațiile relevante au fost anonimizate, respectiv cele

privind salariile acordate, neexistând posibilitatea de a se verifica prețul ofertat aparent neobișnuit de scăzut.

Invocarea confidențialității nivelului de salarizare al experților propuși trebuia făcută de contestatoare cu indicarea dispozițiilor art. 24 din OUG nr. 34/2006, care prevăd: *„Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei ordonanțe de urgență, autoritatea contractantă are obligația de a asigura garantarea protecției acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”*, asigurarea garantarea protecției acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală, acordând dreptul ofertantului de a indica în cuprinsul ofertei sale care informații din propunerea tehnică și/sau financiară sunt confidențiale. Or, în aceste condiții, contestatoarea ar fi trebuit să precizeze, prin răspunsul la clarificările solicitate de către autoritatea contractantă, care informații sunt confidențiale pentru ca ele să poată fi protejate de aceasta din urmă și nu să refuze transmiterea lor sub pretextul confidențialității datelor.

Pe de altă parte, confidențialitatea nu poate fi opusă autorității contractante, obligată să verifice realitatea tarifelor ofertate și să le păstreze confidențialitatea.

Cu privire la confidențialitatea unor documente sau a unor părți din acestea, Consiliul are în vedere și practica judiciară:

- Decizia civilă nr. 6108 din 08.09.2014 Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal: «Argumentul caracterului confidențial al salariilor invocat de intimatele-contestatoare nu poate fi reținut, întrucât acestea aveau posibilitatea transmiterii contractelor individuale de muncă cu anonimizarea datelor cu caracter personal, precum numele, prenumele CNP-ul, seria și numărul cărții de identitate etc, cu evidențierea doar a salariului, acesta fiind elementul care prezintă relevanță în justificarea prețului. În lipsa documentelor justificative (cazul contestatoarei _____), respectiv în cazul în care acestea sunt insuficiente și/sau nerelevante (cazul contestatoarei _____), nu există posibilitatea de a se verifica valorile incluse în calculul prețului ofertat, astfel încât să se asigure că aceste costuri sunt reale și au mai fost utilizate de către societăți în alte proiecte similare. Prin neprezentarea de documente justificative în susținerea

fundamentării economice a modului de formare a prețului, în mod corect a apreciat petentul, autoritate contractantă, că nu are certitudinea privind realitatea și justetea calculelor prezentate. Curtea apreciază, de asemenea, că este justă și susținerea autorității contractante potrivit căreia în fundamentarea unui preț se utilizează salariul efectiv pe care societatea îl practică la nivelul său, nu salariul minim reglementat prin legislația în vigoare, tocmai pentru a se evidenția și marja de profit. În mod legal a procedat autoritatea contractantă, în sensul că nu a nominalizat tipul documentelor justificative, întrucât fiecare ofertant este liber să uzeze de documentele care sunt relevante în justificarea tuturor elementelor de cost care au stat la baza fundamentării prețului oferat. (...). În concluzie, Curtea reține că răspunsurile intimatelor-contestatoare la solicitările de clarificări, precum și documentele transmise nu sunt în măsură să justifice prețul aparent neobișnuit de mic al ofertelor acestora - oferta intimatei _____ de 179.706,13 lei și oferta intimatei _____ de 198.811,20 lei - prin raportare la valoarea estimată a contractului de achiziție publică care este de 411,350 lei»;

- Decizia civilă nr. 680 din 14 februarie 2013 Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal: «La solicitarea de clarificări a autorității contractante cu privire la justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut, SC A.-... S.A. a răspuns: „[...] are o putere financiară considerabilă ce se datorează expertizei și personalului calificat, precum și sistemului de subscriere electronică, factori ce duc la o reducere substanțială a costurilor de funcționare. [...] Tarifele de primă oferite de societate sunt rezultatul unor calcule statistice și actuariale rezultate din teoria managementului riscului. Aceste calcule sunt proprii fiecărei societăți de asigurare și din această cauză au caracter strict confidențial. Pe considerente comerciale și istoric de daune, la asigurările de profil, comportamentul instituției dvs. din anii contractuali anteriori, precum și a instituțiilor cu profil similar s-a încadrat în limitele de rentabilitate admise de societatea noastră. [...]».

Curtea constată că în mod corect Consiliul a reținut că răspunsul transmis autorității contractante de către ofertantă cuprinde informații cu caracter general privind activitatea pe care o desfășoară în domeniul asigurărilor, fără a răspunde cu exactitate la solicitarea formulată de autoritatea contractantă, în sensul că nu a oferit informații privind justificarea prețului și nu a anexat documente doveditoare. (...).

De asemenea, petenta nu a dovedit caracterul strict confidențial al metodelor de calcul în baza cărora s-a ajuns la această primă, în condițiile în care dispozițiile art. 202 alin. (2) impun prezentarea unor explicații cu privire la aspectele esențiale solicitate de autoritatea contractantă. Afirmările petentei în sensul că răspunsul cu privire la justificarea de preț nu este ținut să cuprindă elementele enumerate la art. 202 alin. (2) nu pot fi reținute, având în vedere că, potrivit acestor dispoziții legale, autoritatea contractantă are obligația de a lua în

considerare justificările primite de la ofertant cu privire la elementele enumerate de acest text de lege, oferirea acestor lămuriri fiind de natură a departaja o ofertă de preț neobișnuit de scăzut raportat la valoarea contractului, dar viabilă, de o altă ofertă de preț nejustificată și nesustenabilă economic»;

- Decizia nr. 2351/CA/2015-R din 15 iulie 2015, Curtea de Apel, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal: «Petenta nu poate invoca că prețurile de la furnizori săi sunt confidențiale pentru a justifica refuzul depunerii facturilor solicitate de autoritatea contractantă deoarece aceasta a optat să oferteze prețuri diferite pentru același produs și loturi diferite, asumându-și implicit riscul de a nu demonstra realitatea și fermitatea prețurilor oferite, prin documente justificative».

Prin urmare, Consiliu constată că autoritatea contractantă a procedat corect, în sensul că, în cadrul adresei de solicitare nr. 1367.1/....., nu a nominalizat tipul documentelor justificative, întrucât fiecare ofertant este liber să uzeze de documentele pe care le consideră relevante în justificarea tuturor elementelor de cost ce stau la baza fundamentării prețului propus.

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/..... 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

....

Redactată în 4 exemplare, conține 18 pagini.