

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1657/C1/1674

Data: 30.07.2021

Prin contestația nr. 1331/07.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 34902/07.07.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, str., județul, și adresa de corespondență în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, prin, împotriva rezultatului selecției de oferte emis de către, cu sediul în, str. Brestei nr. 12, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul achiziției directe, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii de pază și protecție pentru obiectivul – sediu provizoriu al Judecătoriei, din localitatea, str. Târgului nr. 26, jud.”, s-a solicitat să se dispună:

- anularea raportului procedurii nr. 1635/16A/29.06.2021 precum și toate actele și lucrările subsecvente emise de autoritatea contractantă

- reevaluarea ofertei depuse de către SC SRL care a oferat un preț aparent neobișnuit de scăzut;

- neconformitatea ofertei depuse de către SC SRL care a justificat prețul neobișnuit de scăzut prin utilizarea unor convenții încheiate cu Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă în cadrul procedurii în cauza, comisia de evaluare având obligația legală imperativă de a respinge din procedură această ofertă potrivit art. 137 alin. 1 din HG nr. 395/2016;

- reevaluarea ofertelor declarate admisibile, și, pe cale de consecință, stabilirea unui nou câștigător, cu respectarea criteriilor de atribuire stabilite prin documentația de atribuire și a obligațiilor legale în materie.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul critică rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin e-mail în data de 30.06.2021, conform căruia oferta sa a

fost clasată pe locul 2, câștigătoare fiind oferta depusă de SC SRL.

Având în vedere prețul neobișnuit de scăzut al ofertantului clasat pe primul loc, și anume un tarif de 13,15 lei/oră, raportat la costurile minime pe care le va avea orice operator economic, prin respectarea tuturor obligațiilor legale în vigoare, pentru prestarea serviciilor ce fac obiectul prezentei achiziții, contestatorul susține că rezultă un tarif în mod evident nelegal și care nu respectă legislația muncii, lucru ușor de demonstrat din simple calcule aritmetice, prin utilizarea salariului minim conform HG 4/2021, a plăților obligatorii prevăzute de Codul Muncii cuvenite salariaților, cu respectarea tuturor dispozițiilor Codului Fiscal, precum și cu includerea în cadrul devizului prezentat a fondului de protecție persoane cu handicap de 4%.

Consideră că, prin declararea acestei oferte ca fiind admisibilă, comisia de evaluare a făcut verificări superficiale asupra propunerii financiare și a documentelor însoțitoare, aceasta având obligația, conform art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, de a analiza și de a verifica fiecare ofertă, atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Contestatorul susține că oferta situată pe primul loc conține, în cadrul propunerii financiare, prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și nu pot fi justificate.

Cu referire la acest aspect consideră că formula de calcul care trebuie să stea la baza oricărei firme de pază în vederea calculării tarifului orar pentru prestarea serviciilor de pază umană reiese din prevederile legale, respectiv:

1. Salariul de bază conform HG nr. 4/2021 începând cu luna ianuarie 2021 este în valoare de 2300 lei/lună pentru un program normal de lucru în medie de 169.333 ore pe lună, reprezentând astfel 13.583 lei/oră;

2. Sporul de noapte conform art. 126 (compensarea muncii de noapte):

Salariații de noapte beneficiază:

- a) Fie de program de lucru redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă, pentru zilele în care efectuează cel puțin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază;

- b) Fie de un spor pentru munca prestată pe timpul nopții de 25% din salariul de bază, dacă timpul astfel lucrat reprezintă cel puțin 3 ore de noapte din timpul normal de muncă;

3. Sporul de weekend - 1% din salariul de bază, conform art. 137, alin. (3) din Codul Muncii și ale fundamentării tarifului orar prevăzut și de către C.N.S.C. în deciziile sale.

4. Orele prestate suplimentar art. 122 (compensarea muncii suplimentare prin ore libere plătite);

(1) Munca suplimentară se compensează prin ore libere plătite în următoarele 60 de zile calendaristice după efectuarea acesteia.

(2) În aceste condiții salariatul beneficiază de salariul corespunzător pentru orele prestate peste programul normal de lucru.

(3) În perioadele de reducere a activității angajatorul are posibilitatea de a acorda zile libere plătite din care pot fi compensate orele suplimentare ce vor fi prestate în următoarele 12 luni.

5. Concediul de odihnă - conform art. 144, art. 145 și art. 146 din Codul Muncii:

6. Fond Handicap - conform art. 78 din Legea nr. 448/2006, autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condițiile prevăzute la alin. (2), plătesc lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap.

Prin urmare, arată că angajatorul care are cel puțin 50 de angajați, are obligația de a angaja persoane cu handicap într-un procent de 4% din numărul total de angajați.

7. Contribuție asiguratorie: 2.25%

8. Cheltuieli cu echipamentele/logistică

9. Cheltuieli indirecte

10. Profit.

În continuare contestatorul prezintă un exemplu de Calcul tarif orar pentru serviciile de pază umană pentru un post permanent de 24 ore.

În urma consultării dosarului achiziției publice, contestatorul arată că a observat că SC SRL a confirmat faptul că are convenții încheiate cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă, fără însă a preciza numărul convențiilor sau alte detalii necesare într-o atare situație.

Contestatorul precizează că, singurele posibilități în care tariful de pază poate scădea sunt:

- situația în care operatorul economic încalcă dispozițiile legale referitoare la sporuri și contribuții;

- situația în care operatorul economic beneficiază de prevederile Legii nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă.

Referitor la situația în care operatorul economic încalcă dispozițiile legale referitoare la sporuri și contribuții, contestatorul invocă

prevederile legale incidente, avute în vedere la calculul tarifului orar mai sus prezentat.

Astfel, arată că prin tariful ofertat de către operatorul economic clasat pe primul loc, acesta nu poate susține nici măcar salarizarea minimă legală a personalului de pază, fără a mai aduce în discuție și cheltuielile cu instruirea agenților, cheltuielile cu bunurile materiale, persoane cu handicap, cheltuieli cu servicii, alte cheltuieli administrative/indirecte ale societății, profit, cheltuieli pe care orice firma din România le practică.

În opinia sa lipsa acestora ar presupune că se lucrează fără profit și fără alte cheltuieli directe care în mod normal ar trebui alocate, respectiv: uniforme, logistică, telefoane, medicina muncii, carburant etc.

Prin urmare, un contract în care prestatorul oferă servicii în mod gratuit nu este de achiziție publică, ci are altă natură (donație, comodat, sponsorizare, mecenat, voluntariat etc.).

Referitor la situația în care operatorul economic utilizează subvențiile obținute de la stat în baza Legii nr. 76/2002, contestatorul consideră că comisia de evaluare trebuia să facă verificări asupra ofertei prezentate de societatea care a prezentat această convenție și nu să accepte o diminuare artificială a prețului pe o simplă declarație.

Consideră că autoritatea contractantă a tratat problema la modul general, fără a face verificări temeinice ale actelor justificative prezentate.

Astfel, arată că autoritatea contractantă trebuia să țină seama de numărul maxim de persoane ce poate fi folosit, în funcție de numărul de posturi existente și să o coreleze cu numărul de luni aferente plății subvenției rămase pentru fiecare dintre persoane; să ia în considerare timpul scurs de la data încheierii convenției cu AJOFM aferentă flecarei persoane (agent de securitate) de la data depunerii ofertelor și numărul de luni rămas în plată, precum și de suma ce urmează a fi primită de fiecare persoană inclusă în convenție.

Legea nr. 76/2002 obligă societățile de pază, ca în fiecare lună, să depună orele prestate de fiecare agent de securitate în luna în curs, plata aferentă urmând a se face în luna imediat următoare a lunii în care s-a prestat serviciul.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite ofertantului SC SRL următoarele:

- tabelul nominal cu persoanele încadrate în muncă, anexa la convenția încheiată cu ANOFM conform art. 59 alin (1) anexa 19 din

Normele metodologice aprobate prin HG nr. 174/2002 pentru acordarea drepturilor prevăzute de art. 85 din Legea nr. 76/2002;

- lista de persoane declarate că vor îndeplini contractul, cu menționarea poziției la care se regăsește fiecare dintre aceștia în anexa la convenție (cu condiția ca aceste persoane să nu se repete, fiecare dintre persoane trebuind să se regăsească o singură dată);

- calculul subvenției să fie efectuat pentru fiecare șomer în parte ținând cont de numărul de luni/zile pentru care se încasează subvenție.

De asemenea, consideră că trebuiau efectuate verificări în sensul includerii în deviz a cheltuielilor cu cazarea, deplasarea, diurna, pentru angajații ofertantului care au domiciliul în alt județ, deplasări la instructaje de protecția muncii cf. HG nr. 319/2006, controlul agenților etc., situație în care se impunea solicitarea de clarificări pe acest aspect și solicitarea de dovezi în conformitate cu dispozițiile art. 136, alin. (2) din HG 395/2016, relevantă în acest sens fiind și decizia CNSC nr. 2341/C4/ 2487/2489/30.12.2019.

Contestatorul mai arată că pentru persoanele care beneficiază de ajutor de stat, angajatorul, întâi angajează persoana respectivă într-un post clar definit, cu contract de muncă, ulterior solicită AJOFM acordarea ajutorului de stat. Deci mutarea/delegarea/detașarea angajatului (persoana care beneficiază de subvenții) într-o altă localitate se face cu respectarea Legii nr. 53/2003 - Codul Muncii, angajatorul având obligația de a plăti cheltuielile de transport, cazare și indemnizație de delegare (art. 46 alin. (4) din Codul Muncii - „Salariatul detașat are dreptul la plata cheltuielilor de transport și cazare, precum și la o indemnizație de detașare în condițiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil (contractul colectiv de muncă aplicabil - care nu poate fi sub contractul colectiv de muncă aprobat la nivel național).

Or, atâta timp cât la data licitației, ofertantul SC SRL avea deja semnate convenții, iar persoanele pentru care s-au încheiat convențiile erau angajate în cadrul respectivei societăți, se deduce de la sine faptul că acestea prestau servicii la alte obiective contractate de către ofertantul în cauză.

Deci, pentru a se putea folosi de subvențiile respective, operatorul economic ar trebui să mute angajații, de la obiectivul la care deja prestează servicii și unde sunt familiarizați cu atribuțiile postului, în orașul

Prin urmare, consideră că prețul oferit nu este real și sustenabil, astfel că autoritatea contractantă trebuia să facă o verificare judicioasă a ofertelor prin verificarea tabelului nominal cu persoanele subvenționate alocate contractului precum și a adevărurilor emise de către AJOFM pentru certificarea ajutoarelor de stat și a perioadelor aferente asigurării acestora. Autoritatea contractantă este obligată să se asigure că persoanele care prestează serviciile de pază nu sunt angajate în

prestarea serviciilor în alte contracte și că aceste persoane care urmează să presteze serviciul sunt cele pentru care a fost obținută subvenția invocată în stabilirea prețului ofertei, în caz contrar tarifele ofertate nu ar putea fi considerate rezultatul liberei concurențe.

Mai menționează faptul că de aceste convenții pe care ofertanții le încheie cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă nu se poate uza în toate procedurile de atribuire la care participă, astfel cum este practica, pentru justificarea unor prețuri neobișnuit de scăzute ofertate, având în vedere faptul că societatea comercială obține, în baza Legii nr. 76/2002, un singur ajutor, valoare care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează respectivul salariat munca, fapt pentru care ar trebui făcute verificări și în acest sens.

Nu în ultimul rând, contestatorul arată că SC SRL a înaintat formularul de ofertă cu un tarif de 13.15 lei/oră, fără a prezenta o detaliere a prețului, deși în documentația autorității contractante se specifica clar că sunt 2 posturi de 24 ore și de 8 ore, deci oferta trebuia să conțină două tarife orare și două detalieri tarifare.

În concluzie, pentru toate aceste motive prezentate, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a procedat corespunzător în ceea ce privește procedura de atribuire din cadrul licitației, nu a evaluat corect ofertele, nu a solicitat clarificări suplimentare și nu a stabilit corect ofertantul câștigător, drept pentru care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, își întemeiază contestația pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016, HG nr. 4/2021, Codul Muncii, art. 78 alin. 2) și alin. 3) din Legea nr. 448/2006, OUG nr. 79/2017 de modificare și completare a Legii nr. 227/2015 privind Codul Fiscal, Legea nr. 333/2003, HG nr. 301/2016, precum și toate textele legale invocate în cuprinsul prezentei.

Prin adresa nr. 1372/09.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 36625/15.07.2021, SC SRL a depus originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 207325710/1, tranzacția nr. 1104129743/1899125404 din data de 09.07.2021, emisă de CEC Bank – Unitatea Calea București N1, în valoare de 1.512,61 lei.

Prin adresa nr. 1798/16A/16.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 37641/21.07.2021 autoritatea contractantă a transmis dosarul achiziției fără a formula un punct de vedere.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

..... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat, achiziția directă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii de pază și protecție pentru obiectivul – sediu provizoriu al Judecătorei, din localitatea, str., jud.”, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, pe site-ul propriu, invitația de participare nr. 1527/16A/15.06.2021. Valoarea estimată a contractului este de 75.630,25 lei, fără TVA.

Potrivit adresei nr. 1527/16A/15.06.2021 intitulată „SOLICITARE DE OFERTE”, postată pe site-ul autorității contractante la secțiunea „Achiziții publice – Solicitare de oferte”, autoritatea contractantă a inițiat o achiziție conform prevederilor art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016. Valoarea estimată a achiziției este de 75.630,25 lei fără TVA.

Verificând competența de soluționare a prezentei contestații, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a organizat o procedură de atribuire potrivit dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 98/2016, ci a recurs la achiziția directă conform prevederilor art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit art. 68 din Legea nr. 98/2016, în vigoare la momentul inițierii procedurii „(1) *Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât valorile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele:*

- a) licitația deschisă;*
- b) licitația restrânsă;*
- c) negocierea competitivă;*
- d) dialogul competitiv;*
- e) parteneriatul pentru inovare;*
- f) negocierea fără publicare prealabilă;*
- g) concursul de soluții;*
- h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice;*
- i) procedura simplificată.*

(2) Procedura de atribuire aplicată în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice menționată la alin. (1) lit. h) este:

a) una din procedurile prevăzute la alin. (1) lit. a)-g) în cazul în care valoarea estimată este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. d);

b) procedura proprie, în cazul în care valoarea estimată este mai mică decât pragul valoric prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. d)”.

Potrivit art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, în vigoare la momentul inițierii procedurii, „Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse sau servicii în cazul în care valoarea estimată

a achiziției, fără TVA, este mai mică decât 135.060 lei, respectiv lucrări, în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică decât 450.200 lei.”

Din coroborarea acestor texte, rezultă că achiziția directă nefiind una din procedurile de atribuire expres reglementate la art. 68 din Legea nr. 98/2016, regulile de desfășurare ale acestora nu sunt aplicabile, singurele dispoziții din Legea nr. 98/2016 aplicabile, fiind cele referitoare la păstrarea documentelor.

Potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în vigoare la momentul depunerii contestației: *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim (...)”*

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare: *act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, **fără a include achiziția directă** care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;”.*

Potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *„Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor (...)”* și alin (2) *„Contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent”.*

Față de dispozițiile de mai sus, competența de soluționare a CNSC se limitează doar la contestațiile depuse în cadrul unei proceduri de atribuire, astfel cum sunt acestea definite de art. 68 din Legea nr. 98/2016, și nu la achiziții directe.

Adăugăm că prevederile documentelor legale care stau la baza organizării procedurii/demersului nu acordă Consiliului competență de soluționare a contestațiilor formulate în cadrul procedurii/demersului sau

în temeiul lor. Dat fiind că normele de competență „*ratione materie*” sunt de ordine publică, părțile nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce vizează proceduri nereglementate sau exceptate de la prevederile Legii nr. 98/2016.

Mai mult, prin art. IV pct. 1 din OUG nr. 114/2020 a fost modificată definiția sintagmei „*act al autorității contractante*”, fiind excluse în mod explicit dintre actele care pot fi atacate la CNSC înscrisurile emise în legătură cu sau în cadrul achiziției directe cu precizarea expresă că acestea intră sub incidența Legii nr. 554/2004.

Prin urmare, în cauză nefiind aplicabile prevederile Legii nr. 101/2016 privitor la soluționarea contestațiilor, competența materială aparține tribunalului, secția contencios administrativ de la sediul autorității contractante, conform prevederilor art. 95 pct. 1 din Codul de procedură civilă.

Cele expuse mai sus formează convingerea Consiliului că soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a acestuia și, constatând lipsa sa de competență în soluționarea contestației, urmează a face aplicarea art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Drept pentru care, raportat la dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016, ce prevăd completarea dispozițiilor actului antementionat cu cele de drept comun în lipsa unor dispoziții exprese, coroborate cu dispozițiile art. 131 din Codul de Procedură Civilă și cu art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, dată fiind excepția lipsei sale de competență materială în soluționarea contestației, urmează să transmită contestația, împreună cu dosarul constituit, instanței de judecată competente.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui la cerere în conformitate cu prevederile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare coroborat cu art. 1064 cpc.

Date fiind cele ce preced, Consiliul urmează a face aplicarea art. 95 pct. 1 Cod procedură civilă coroborat cu art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și va declina competența de soluționare a contestației formulate de SC SRL, către

Fără pronunțare asupra fondului contestației.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Declină competența de soluționare a contestației depusă de SC SRL către

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către, conform art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Fără cale de atac.

Obligatorie.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.