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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 372/16.07.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 27493/17.07.2019, SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 24253/11.07.2019, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii proprii, prin „selecție de oferte”, de atribuire a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii pază ...- Departamentul Exploatare Minieră”, inițiată de SOCIETATEA ... SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în municipiul Râmnicu-Vâlcea, str. Industriilor nr. 1, județul Vâlcea și a solicitat „să anulați comunicarea nr. 24253/ 11.07.2019, pe care o considerăm netemeinică și nelegală”, „să se reevalueze oferta depusă de către ofertantul SC ... SRL Tg Jiu, în conformitate cu dispozițiile legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, muncii şi Legii nr. 76/2002”.

SC ... SRL, în calitate de ofertant desemnat câștigător, având sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de administrator ..., a formulat „cererea de intervenție în interes propriu” nr. 456/19.07.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 28311/23.07.2019, prin care a solicitat:

- „să respingeți contestaţia nr. 372/16.07.2019 înaintată de SC ... SRL;
- să admiteți cererea de intervenție formulată de subscrisa;
- continuarea procedurii de atribuire conform comunicare rezultat procedură nr. 24255/11.07.2019”.

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

În susținere, SC ... SRL a criticat entitatea contractantă, deoarece nu a solicitat clarificări ofertantului câștigător cu privire la prețul neobișnuit de scăzut și care nu cuprinde toate elementele obligatorii. Astfel, entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, avea obligaţia de a verifica, în situaţia în care ofertantul se baza pe subvenţii acordate de către AJOFM pentru anumite persoane conform Legii nr. 76/2002, dacă în legătură cu persoanele a căror convenţie AJOFM se acordă nu au domiciliul în localitatea în care se prestează serviciile și dacă angajatorul (ofertantul) a luat în calcul la componenţa tarifului ofertat cheltuielile obligatorii conform Codului Muncii a următoarelor aspecte:
- detaşarea, situație în care angajatorul are obligaţia de a-i plăti salariatului detaşat cheltuielile de transport, cazare, îndemnizaţie de detaşare, diurnă, în condiţiile prevăzute de lege;
- diurna, care se acordă pe zile calendaristice, aceasta fiind reglementată prin HG nr. 1860/2006, pe perioada delegarii şi detaşării într-o altă localitate, în cazul în care delegarea se realizează într-o localitate situată la o distanţă mai mare de 5 km de localitatea în care salariatul îşi are locul permanent de lucru. Pentru o zi de deplasare un angajat trebuie să primească o diurnă în valoare de minim 42,5 lei, conform Ordinului nr. 60/2015;
- cazarea, situație în care angajatorul are obligaţia de a asigura cazarea/cheltuielile de cazare, dacă deplasarea este la o distanţa mai mare de 50 de km de localitatea în care salariatul are domiciliul. Cheltuielile cu cazarea nu pot fi mai mici de 45 lei/zi, conform Ordinului nr. 60/2015;
- transportul, situație în care angajatorul are obligaţia de a asigura plata cheltuielilor cu transportul salariaţiilor care se deplasează în interes de serviciu într-o localitate care se află la o distanţă mai de mare de 5 km de localitatea în care îşi au domiciliul. În cazul în care deplasarea se realizează cu mijloc de transport al salariatului, angajatorul trebuie să îi deconteze contravaloarea a 7,5 litri carburant pentru 100 km parcurşi, conform art. 17 alin. (3) din HG nr. 1860/2006.

Astfel, în cazul în care ofertantul a încheiat convenţii AJOFM cu persoane care nu au domiciliul în localitatea în care se prestează serviciile are obligaţia să plătească în plus pentru aceştia minim 150 lei/zi/ persoană, lucru ce duce inevitabil la creşterea tarifului unitar ofertat.

În susținere, SC ... SRL a reprodus calculaţia de preţ depusă de ofertantul SC ... SRL și în care se observă faptul că au fost luate în calcul doar anumite elemente.

Autoarea contestației a evidențiat faptul că, în situația în care ofertantul SC ... SRL includea cheltuielile obligatorii, conform Codului Muncii, se ajungea la un tarif minim de 150 lei/zi/persoană, adică 4.575,00 lei/lună/persoană detaşată (150 lei/zi X 30,5 zile/lună).

Contestatoarea a învederat faptul că în conformitate cu prevederile art. 44 din Codul Muncii, delegarea persoanei angajate poate fi dispusă pentru o perioadă de cel mult 60 de zile calendaristice în 12 luni. Astfel, în speță, se remarcă faptul că cele 21 de convenţii prezentate de către

SC ... SRL, erau suficiente doar pentru 60 de zile, contractul fiind însă de 214 zile, în acest caz, fiind necesar, un număr de minim 75 de convenţii AJOFM, pentru care trebuie, de asemenea, incluse cheltuielile cu cazarea, diurna, transportul, etc., ori acest lucru nu s-a efectuat, fiind depuse doar 21 de convenţii AJOFM, cu persoane care nu au domiciliul în localitatea în care se prestează serviciul de pază şi nici la o distanţă mai mică de 5 km, de altfel nefiind cuprinse în justificarea de preţ a SC ... SRL.

SC ... SRL a precizat că această situație duce inevitabil la creşterea tarifului unitar ofertat, sens în care a prezentat sub formă tabelară acest lucru.

În dovedire, contestatoarea SC ... SRL a depus, în copie, anunțul de publicitate nr. 18813/04.03.2019.

Prin adresa nr. 27811/1424 C5/18.07.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită la dosarul cauzei, în termen de 3 zile de la data primirii prezentei, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC. Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei să comunice, în același termen, contestaţia în original, iar în copie conformă cu originalul, actul atacat din care să reiasă data luării acestuia la cunoştinţă, precum și dovada înaintării către entitatea contractantă a contestaţiei depusă la Consiliu, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Corespondența nr. 27811/1424 C5/18.07.2019 a fost transmisă de Consiliu contestatoarei, atât la adresa poștală cât și prin fax, la datele indicate în cuprinsul contestației.

La data de 18.07.2019, SC ... SRL a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), corespondența neînregistrată, datată de emitentă la 18.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 27849/ 18.07.2019, prin care a învederat faptul că ofertantul câștigător a mai folosit aceleași convenții AJOFM pentru aceleași persoane la toate licitațiile la care a participat.

Întrucât, până la data de 22.07.2019, SC ... SRL nu s-a conformat solicitării CNSC de a confirma primirea corespondenței CNSC nr. 27811/1424 C5/18.07.2019, prin remiterea acesteia purtând numărul şi data de înregistrare la sediul său, prin adresa nr. 28198/1424 C5/22.07.2019, Consiliul a solicitat acest lucru contestatoarei. Corespondența nr. 28198/1424 C5/22.07.2019 a fost transmisă prin poștă, fax și mijloace electronice (e-mail), la datele de contact indicate de contestatoare în cuprinsul contestației sale.

Entitatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), punctul de vedere nr. 25410/22.07.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 28323/23.07.2019, prin care a solicitat, respingerea contestației, ca inadmisibilă, întrucât SC ... SRL nu a depus cauțiunea de 2%, conform prevederilor legale.

Totodată, entitatea contractantă a solicitat Consiliului să verifice termenul în care a fost depusă completarea la contestație, având în vedere dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b), coroborat cu art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Entitatea contractantă a menționat faptul că la data de 11.07.2019 a întocmit Raportul procedurii nr. 24250/11.07.2019, prin care, în urma analizării ofertelor depuse și a răspunsului la clarificările solicitate, a declarat câștigător ofertantul SC ... SRL, precum faptul că la data de 16.07.2019, i-a pus la dispoziție ofertantului SC ... SRL dosarul achiziției.

Entitatea contractantă consideră că nu există niciun temei pentru anularea comunicării nr. 24253/11.07.2019, conținutul său fiind în concordanță cu rezultatul consemnat în Procesul-verbal final al procedurii, a fost comunicată în termen de 1 zi de la data aprobării Raportului procedurii, nefiind deci depășit termenul stabilit prin procedura proprie care a stat la baza derulării achiziției serviciilor de pază și a fost comunicată la adresele corecte ale participanților. Mai mult, entitatea contractantă a menționat că în situația în care s-ar dispune anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, aceasta nu ar avea niciun efect asupra rezultatului procedurii, contestatoarea nesolicitând și anularea Raportului final al procedurii. Prin urmare, entitatea contractantă solicită respingerea acestui capăt de cerere, în principal, ca inadmisibil, iar în subsidiar, ca neîntemeiat.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei privind reevaluarea propunerii financiare depusă de SC ... SRL, pe motiv că aceasta a prezentat un preț neobișnuit de scăzut, entitatea contractantă a solicitat respingerea acestui capăt de cerere ca inadmisibil, deoarece comisia de evaluare nu poate reevalua ofertele decât în condițiile anulării Raportului procedurii/Procesului-verbal de evaluare, ori, cât timp SC ... SRL nu a înțeles să conteste Raportul final al procedurii și să solicite anularea acestuia, cererea privind reevaluarea propunerii financiare nu poate fi primită.

Entitatea contractantă a precizat că propunerile financiare ale participanților la procedură au fost analizate prin raportare la prevederile HG nr. 846/2017, ținând cont, totodată, de sporul pentru orele de noapte, zilele de weekend, sărbătorile legale, indemnizația de concediu de odihnă, contribuția asiguratorie de muncă, fondul de handicap etc., tocmai pentru a evita un preț neobișnuit de scăzut, care ar fi condus la încheierea unui contract care nu se putea executa în condiții corespunzătoare.

De asemenea, entitatea contractantă a precizat că în urma deschiderii propunerilor financiare ale ofertanților SC ... SRL și SC ... SRL, a solicitat clarificări acestora cu privire la modul de calcul al prețului, iar după analizarea detaliată a ofertelor, raportat la criteriile prevăzute de art. 222 din Legea nr. 99/2016, a constatat că oferta declarată câștigătoare nu are un preț neobișnuit de scăzut, având în vedere fundamentarea economică detaliată a modului de formare a prețului, fiind o ofertă „serioasă și sustenabilă”. Pe lângă aceste criterii, entitatea contractantă a învederat faptul că a avut în vedere și valoarea

estimată a contractului și valorile contractelor pe care ... SA le-a încheiat anterior.

În ceea ce privește motivarea contestatoarei referitoare la faptul că *„(...) avea obligaţia de a verifica în situația în care ofertantul se baza pe subvenţii acordate de către A.J.O.F.M. pentru anumite persoane conforma Legii nr. 76/2002, dacă persoanele a căror convenție A.J.O.F.M. se acordă nu au domiciliul în localitatea în care se prestează serviciile, dacă angajatorul a luat în calcul la componenta tarifului ofertat cheltuielile obligatorii conform Codului muncii cu aceste persoane*", cu referiri la cheltuielile cu detașarea, diurna, cheltuielile cu cazarea și transportul, entitatea contractantă a observat că SC ... SRL, în motivarea cheltuielilor cu diurna și cazarea se raportează la prevederile Ordinului nr. 60/2015, iar în ceea ce privește transportul, acestea se întemeiază pe art. 17 alin. (3) din HG nr. 1860/2006, ambele fiind abrogate prin Hotărârea nr. 714/2018, act normativ care este aplicabil personalului autorităților şi instituţiilor publice, indiferent de modul de finanţare şi subordonare, nefiind aplicabil societăților din mediu privat, așa cum este SC ... SRL.

În ceea ce privește detaşarea și delegarea, entitatea contractantă a invocat prevederile art. 43 și art. 45 din Legea nr. 53/2003 și a menționat că ... SA nu preia angajaţii ofertantului, nu le plăteşte salariile, aceştia rămânând cu contract de muncă la societatea de pază, aceasta având obligaţia să le plătească salariile, astfel încât nu sunt îndeplinite condițiile detașării prevăzute de art. 45 și art. 46 din Codul muncii.

Entitatea contractantă a precizat că delegarea presupune exercitarea atribuţiilor de serviciu în afara locului de muncă. Obiectivul pentru care ... SA a demarat procedura de achiziţie este Exploatarea Minieră Berbești, personalul cu care ofertantul declarat câștigător va asigura paza, fiind constituit din agenţi de pază angajaţi proprii, ale căror locuri de muncă vor fi la obiectivul pentru care se va încheia contractul de achiziţie. Aşadar, aceştia nu își modifică locul de muncă, din fundamentarea preţului nu rezultă că angajatorul a avut în vedere o delegare a agenţilor de pază la un alt loc de muncă, deci în mod eronat contestatoarea critică stabilirea prețului fără a avea în vedere și cheltuielile pe care o eventuală delegare a angajaților le-ar presupune.

Potrivit fundamentării prețului ofertat rezultă că ofertantul SC ... SRL a avut în vedere, pe lângă cheltuielile cu salariile prevăzute de Codul muncii, și cheltuieli cu transportul și alte cheltuieli administrative. Prin urmare, dacă unii dintre angajați ar locui pe raza unei alte localități decât cea în care își desfășoară activitatea de agent pază, angajatorul le va asigura transportul sau le va deconta cheltuielile cu transportul.

În ceea ce priveşte convenţiile AJOFM pe care ofertantul declarat câștigător le-a prezentat în susţinerea propunerii financiare, entitatea contractantă precizează că a constatat că acestea sunt semnate pentru conformitate cu originalul și a verificat dacă sunt corect cuprinse subvențiile în fundamentarea prețului ofertat. Entitatea contractantă consideră că nu au existat indicii care să ridice suspiciuni cu privire la

veridicitatea acestora, SC ... SRL semnând o declaraţie privind respectarea obligaţiilor privitoare la relaţiile de muncă pentru personalul angajat în derularea contractului. Entitatea contractantă arată că nu putea decât să plece de la premisa de bună-credință și să își întemeieze decizia pe înscrisurile depuse în cadrul ofertei. Numai în situația în care ar fi existat suspiciuni cu privire la documentele depuse avea posibilitatea de a solicita relaţii autorităților care le-au emis.

Entitatea contractantă a observat că nici contestatoarea nu critică valabilitatea convențiilor AJOFM prezentate de ofertantul câștigător, ci pretinde că acestea au fost folosite și în alte proceduri, această critică neputând fi analizată, pe fond, de Consiliu, fiind invocată pentru prima dată prin completarea la contestație, care a fost depusă peste termenul legal. Pe de altă parte, dacă se va trece peste excepția tardivității entitatea contractantă arată că, în situația în care ofertantul declarat câștigător a participat și la alte proceduri, dar pe care nu le-a câștigat, acest aspect nu reprezintă un impediment în a folosi convențiile AJOFM la alte proceduri de achiziție.

Numai în situația în care persoanele din convențiile AJOFM își exercită deja atribuțiile ca urmare a încheierii unui contract de către SC ... SRL cu alt achizitor/beneficiar, doar atunci nu ar mai putea folosi subvențiile prezentate în propunerea financiară.

De asemenea, entitatea contractantă a observat că autoarea contestației nu a depus niciun înscris cu care să probeze susținerile din completarea la contestație. Consiliul nu poate dispune măsuri de remediere sau anulare de acte pe simple afirmații ale părților.

Prin cererea de intervenție nr. 456/19.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 28311/23.07.2019, SC ... SRL a observat că s-a solicitat anularea comunicării nr. 24253/11.07.2019, nu și anularea comunicării nr. 24255/11.07.2019, ceea ce presupune că respectiva comunicare urmează a-şi produce toate efectele juridice, iar în necunoașterea legislației în domeniul achizițiilor publice, contestatoarea a ales să formuleze contestația în baza Legii nr. 98/2016 și nu în baza Legii nr. 99/2016, aşadar nefiind incidente nici prevederile HG nr. 395/2016.

SC ... SRL a observat că în contestație nu este precizat temeiul legal care obligă un angajator să implice agenţii de pază pentru care beneficiază de subvenţii într-un anume contract de prestări servicii, astfel că nici Legea achiziţiilor publice și nici Legea nr. 76/2002, nu obligă ofertanţii să aloce personalul pentru care beneficiază de subvenţii într-o anume procedură. În acest sens, autoarea cererii de intervenție a făcut trimitere la practica CNSC.

SC ... SRL a menţionat că entitatea contractantă i-a solicitat clarificări privind modul de calcul al convenţiilor, răspunzând în termenul stabilit. Astfel, în mod corect, entitatea contractantă a declarat admisibilă și câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL urmând să încheie contractul de achiziţie conform dispoziţiilor art. 149 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

SC ... SRL a observat că, SC ... SRL, în mod eronat, consideră necesar ca în structura de tarif să fie incluse cheltuielile cu detaşarea și

delegarea, deoarece prevederile art. 45 din Codul muncii nu sunt incidente în cadrul procedurii, întrucât SC ... SRL nu va proceda la detaşarea agenţiilor de pază la un alt angajator aşa cum prevede Codul muncii. De asemenea, autoarea cererii de intervenție arată că nici delegarea personalului nu se poate pune în discuţie. Niciunde în cadrul ofertei depusă, SC ... SRL nu şi-a asumat că urmează a detaşa sau delega agenţi de pază pentru executarea contractului.

De asemenea, SC ... SRL a observat că SC ... SRL, din necunoaşterea legislaţiei muncii, nu face diferenţa între noţiunea de „detaşare” și „delegare”, mai mult, contestatoarea menţionează nişte sume, care nu au nicio legătură cu procedura în cauză. În acest sens, SC ... SRL a precizat că societatea sa a luat în calcul doar valoarea subvenţiilor acordate de AJOFM pentru îndeplinirea contractului în cuantum de 386.448,00 lei, respectiv 2,91 lei/oră (386.448,00 lei: 132800 ore total contract), aşadar a ofertat un tarif care include salariul conform legislaţiei în vigoare, sporurile obligatorii, indemnizația privind concediul de odihnă, contribuţia asiguratorie de muncă, fondul de handicap, cheltuielile directe, indirecte și profitul.

Deși, iniţial, contestatoarea face referire la obligaţia SC ... SRL de a include în fundamentarea tarifului cheltuielile cu detaşarea, la fila 5 din contestație, în mod eronat, aceasta amintește dispoziţiile art. 44 din Codul muncii privind delegarea angajaţilor, în cadrul procedurii nefiind aplicabile respectivele dispoziţii. Mai mult, se poate observa că, în speță, critica referitoare la obligaţia SC ... SRL de a include în tariful ofertat un număr de 75 convenţii, nu este întemeiată, deoarece fiecare ofertat îşi întocmeşte oferta de preţ conform propriilor opţiuni în concordanță cu documentaţia de atribuire și cu legislaţia în vigoare în domeniul achiziţiilor publice.

În finalul observațiilor sale, SC ... SRL a concluzionat că din moment ce societatea sa a propus un preț conform documentației de atribuire, reiese că sunt nefondate criticile contestatarei care are drept scop doar amânarea încheierii contractului între societatea sa și entitatea contractantă și încetarea contractului actual încheiat între contestatoare și entitatea contractantă.

Autoarea cererii de intervenție a mai precizat că SC ... SRL a ales să depună contestaţia copiind o altă contestație depusă de SC ... SRL în cadrul unei alte proceduri, dar fără a face diferenţa între entități contractante și autorități contractante.

SC ... SRL a concluzionat că entitatea contractantă, în mod corect, a declarat admisibilă și câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL, urmând să încheie contractul de achiziție conform dispozițiilor art. 149 (1) din HG nr. 394/2016.

Prin adresele nr. 28765/1424 C5/24.07.2019 și nr. 28767/1424 C5/24.07.2019, Consiliul a solicitat părților susțineri cu privire la cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

SC ... SRL a transmis prin mijloace electronice (e-mail), corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 28766/24.07.2019, prin care a reiterat, în parte, susținerile din contestație și a precizat că

salariații „nu pot fi delegați pentru o perioadă care depaşeşte cel mult 60 de zile calendaristice”, astfel susţinerea SC ... SRL, că ar justifica preţul beneficiind de subvenţii, este inexactă şi eronată, pentru că în situaţia de faţă angajaţii incluși în programul subvenţionat AJOFM, având domiciliile în alte judeţe nu ar putea presta serviciul pe întrega durată a contractului, deoarece ei pot presta serviciul în altă localitate decât cea în care îşi au domiciliul pentru maxim 60 de zile calendaristice. Astfel, acest fapt conduce automat la creşterea numărului de convenţii, astfel ar trebui folosite un număr de 2 ori sau chiar 3 ori mai mare decât numărul de convenţii folosite de către SC ... SRL.

În ceea ce priveşte solicitarea entității contractante de respingere a contestaţiei, prin invocarea unor motive neîntemeiate şi nefondate, SC ... SRL a menționat că a solicitat anularea comunicării nr. 24253/11.07.2019 şi nu a Raportului final al procedurii, deoarece nu a intrat în posesia respectivului document, astfel încât nu ar fi putut cere anularea unui document care nu i-a fost prezentat.

În ceea ce priveşte subvenţiile AJOFM, prezentate de către ofertantul ... SRL, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă avea obligaţia nu doar de a verifica dacă sunt cuprinse corect în fundamentarea preţului ofertat, ci şi de a verifica veridicitatea acestora, dacă au fost luate în calcul şi cheltuielile cu detaşarea, diurna, cazarea, transportul etc. De altfel, ofertantul era obligat să prindă aceste cheltuieli în fundamentarea preţului ofertat, deoarece persoanele pentru care beneficiază de convenţiile AJOFM nu au domiciliul în localitatea în care urmează a fi prestate serviciile de pază.

De asemenea, contestatoarea consideră că era în sarcina autorităţii contractante de a verifica dacă aceste convenţii au mai fost folosite şi în alte proceduri în curs de derulare sau chiar atribuite, nu doar să plece de la premisa de buna- credință, ignorând faptul că SC ... SRL a participat la mai multe proceduri nominalizând în cadrul acestora aceleaşi persoane cu convenţii AJOFM pe care le-a folosit şi pentru prezenta procedură. De asemenea, contestatoarea a preciat că o parte din aceste proceduri nu s-au încheiat încă, aflându-se în continuare în proces de derulare, ceea ce înseamnă că SC ... SRL, putând fi în orice moment declarat câștigător la oricare dintre aceste proceduri automat, se va afla în imposibilitatea de a-şi exercita atribuţiile asumate.

Până la data emiterii prezentei decizii, entitatea contractantă nu a răspuns solicitării Consiliului privind transmiterea susținerilor referitoare la cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, ci doar a confirmat primirea corespondenței Consiliului, prin remiterea acesteia având numărul de înregistrare 28980/25.07.2019.

SC ... SRL a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), adresa fn/31.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 29883/01.08.2019, prin care a reiterat faptul că SC ... SRL a folosit aceleași convenții AJOFM pentru aceleași persoane ca în cadrul unei alte licitații. Totodată, autoarea contestației, cu privire la tariful ofertat de ofertantul câștigător, a prezentat un tabel privind justificarea de preț.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

SOCIETATEA ... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat, procedura proprie, prin selecție de oferte, de atribuire a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii pază ...- Departamentul Exploatare Minieră”, cod CPV 79713000-5 (Rev. 2), prin publicarea pe site-ul propriu a anunțului de publicitate nr. 18813/04.06.2019, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 12.06.2019 ora 11^{00}, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 1.900.368 lei.

Potrivit Procesului-verbal nr. 21373/20.06.2019 al ședinței de deschidere a ofertelor, au depus oferte un număr de 3 operatori economici. În urma evaluării ofertelor, oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost declarată necâștigătoare, aceasta clasându-se pe locul 2, oferta desemnată câștigătoare fiind cea depusă de SC ... SRL, toate aceste aspecte fiind consemnate în raportul final al procedurii proprii nr. 24250/11.07.2019.

Ulterior evaluării ofertelor și comunicării rezultatului procedurii de atribuire de către entitatea contractantă, prin adresa nr. 24253/11.07.2019, SC ... SRL a depus la Consiliu contestația de față.

SC ... SRL a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205602557/1 din 23.07.2019, în sumă de 38.008,00 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Slatina.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: *[„(1) Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”]*, coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare *[„(5) Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare”].*

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va respinge excepția inadmisibilității contestației pentru nedepunerea cauțiunii invocată de entitatea contractantă în cadrul punctului de vedere.

Totodată, solicitarea entității contractante de respingere a contestației ca inadmisibilă, deoarece contestatorul nu a cerut și anularea raportului procedurii, nu este întemeiată având în vedere faptul că eventuala admitere a contestației, respectiv constatarea că, în mod eronat, a fost stabilită câștigătoarea, deci anularea rezultatului procedurii ar conduce, în mod normal, și la anularea raportului procedurii.

SC ... SRL a depus cererea de intervenție nr. 456/19.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 28311/23.07.2019, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția entității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea entității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație*” și având în vedere faptul că la data de 17.07.2019 entitatea contractantă a informat singurul ofertant cu ofertă admisibilă cu privire la contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 64, 65 și 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC ... SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei entității contractante, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SC ... SRL astfel cum a fost calificată.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că serviciile care fac obiectul achiziției sunt prevăzute în Anexa nr. 2 a Legii nr. 99/2016, iar prezenta procedură a fost organizată de entitatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 82 alin. (1¹) lit. b) din Legea nr. 99/2016, care stipulează următoarele:

„(1¹) Procedura de atribuire aplicată în cazul serviciilor sociale şi al altor servicii specifice menţionată la alin. (1) lit. h) este:

(...);

*b) **procedura proprie**, în cazul în care valoarea estimată este mai mică decât pragul prevăzut la art. 12 alin. (1) lit. c).”*

De asemenea, Consiliul constată că la dosarul cauzei, entitatea contractantă a depus Procedura proprie nr. 18812 din 04.06.2019 privind organizarea și desfășurarea propriilor proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru care au ca obiect servicii de pază, prevăzute în Anexa 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, în care se menționează că legislația aplicabilă este constituită din Legea nr. 99/2016 și H.G. nr. 394/2016.

În aceste condiții, Consiliul constată că entitatea contractantă, deşi potrivit legii, nu era obligată la respectarea în totalitate a dispozițiilor din Legea nr. 99/2016 și H.G. nr. 394/2016, ci doar la respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, aceasta a ales să se raporteze la aceste acte normative în desfășurarea procedurii de atribuire.

Astfel, Consiliul va examina actele entității contractante prin raportare la dispozițiile actelor normative pe care entitatea contractantă a ales să le aplice, în condițiile în care legiuitorul nu o obligă pe aceasta la o asemenea conduită.

Analizând criticile formulate de către contestator, Consiliul constată că acestea vizează, în principal, aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de ofertantul câștigător. Contestatorul consideră că oferta câștigătoare are un preț nejustificat de scăzut, iar autoritatea contractantă trebuia să-i ceară justificarea tarifului ofertat, respectiv verificarea includerii costurilor generate de detașarea, delegarea persoanei angajate, precum și cele privind diurna, cazarea și transportul persoanelor menționate în convențiile AJOFM, persoane care nu au domiciliul în localitatea în care se prestează serviciul de pază.

Totodată, prin adresa fără număr din data de 18.07.2019, reprezentând completare a contestației, contestatorul afirmă că ofertantul câștigător a folosit aceleași convenții AJOFM și în alte proceduri.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de S.C. ... S.R.L., cu privire la ofertantul câștigător, Consiliul constată următoarele:

Verificând conținutul propunerii financiare a ofertantului criticat, Consiliul constată că acesta a prezentat o calculație de preț pentru tariful unitar ofertat, respectiv:

„Denumire element de calcul	*Pondere %*	*Valoare lei/lună*	*Valoare lei/oră*	*Mod de calcul*
1. Salariu de baza brut HG nr. 937/2018		*2080,00*	*12,43*	*2080 : 167,333 ore = 12,43 lei*
2. Spor de noapte 25% x cf.art.126 lit.b Codul Muncii		*173,43*	*1,04*	*8 ore x 365 zile : 12 luni : 4,36 ag/post : 167,333 ore = 1,04 12,43 lei/oră x 25%*
3. Spor weekend 48	*1%*	*5,95*	*0,04*	*52,14 săptămâni x ore/săptămână x*

				12,43 lei/oră x 1%: 12 luni : 4,36 ag/post : 167,333 ore = 0,04
4. Spor acordat pentru lucru în sărbători legale 15 sărbători legale luni		85,53	0,51	15 zile/an x 24 ore/zi x 12,43 lei/oră : 12 luni : 4,36 ag/post : 167,333 ore = 0,51
5. Concediu de odihnă		173,33	1,03	2080 lei : 12 luni : 167,333 ore = 1,03
6. TOTAL SALARIU BRUT (1+2+3+4+5)		2518,24	15,04	Salariu de bază + sporuri = 15,04
7. Contribuții asigurări muncă CAM	2,25%	56,66	0,34	(total salariu brut inclusiv sporuri) 2518,26 x 2,25 % (contribuții muncă) : 167,333 = 0,34
8. Fond handicap 4/100*1900	4.000%	83,20	0,50	4% x 2080 (salariu de bază) = 83.20 lei/ lună : 167,333 ore = 0,50
9. TOTAL FONDURI (7+8)		139,86	0,84	Contribuții muncă + Fond handicap = 0,84
10. TOTAL CHELTUIELI SALARIALE (6+9)		2658,10	15,88	Total fonduri + total salariu brut = 15,88
11. Cheltuieli cu echipament obligatoriu (uniformă, ecuson, tomfa, etc)	%	30,00	0,18	
12. Cheltuieli indirecte (comunicații, instruire, combustibil, adm, etc)	%	80,00	0,48	
13. TOTAL CHELTUIELI MATERIALE + ADM (11+12)		110,00	0,66	Cheltuieli directe + cheltuieli indirecte = 0,66
14. TOTAL CHELTUIELI (10+13)	lei	2768,10	16,54	Total chelt salariale + total cheltuieli = 16,54
15. Profit	%	5,00	0,03	
16. TOTAL CHELTUIELI-lei + PROFIT (14+15)		2773,10	16,57	Total cheltuieli salariale + total cheltuieli materiale + profit = 16,57
17. Convenții șomaj		487,00	2,91	

18. TARIF UNITAR ORAR 13,66 13,66 TOTAL GENERAL CHELTUIELI

(16-17)/167,333 - CONVENȚII SOMAJ : 167,333".

Din formularul de ofertă rezultă că SC ... SRL a avut o valoare a ofertei de 1.814.048 lei. Având în vedere că valoarea estimată este de 1.900.368 lei rezultă că ponderea valorii ofertei câștigătoare este 95,5% din valoarea estimată. Entitatea contractantă nu a solicitat justificarea prețului ofertat, ci doar o detaliere a modului de calcul al convențiilor de șomaj (poziția nr. 17 din calculația de preț), la care ofertantul câștigător a răspuns cu adresa nr. 402/28.06.2019.

Conform art. 222 alin. (1) din Legea nr. 99/2016:

„(1) În cazul unei oferte care are un preţ sau cost aparent neobişnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului sectorial/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, entitatea contractantă are obligaţia de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la preţul sau costul propus."

Din conținutul acestei prevederi legale reiese că doar autoritatea contractantă, cu respectarea principiului asumării răspunderii, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016, poate să aprecieze dacă un preț este sau nu nejustificat și să solicite clarificări. În situația în care aceasta consideră că prețul ofertat nu este nejustificat, nimeni nu o poate obliga să solicite justificarea prețului respectiv.

Din textul de lege citat mai sus reies următoarele:

- legea nu mai stabilește un anumit procent aplicat la valoarea estimată a contractului, care să determine prezumţia legală că ofertantul are un preț neobişnuit de scăzut și posibil să nu aibă capacitatea de a îndeplini contractul și cerinţele caietului de sarcini;
- prin abrogarea pragului stabilit de lege, rămâne în sarcina entității contractante doar obligaţia să analizeze dacă un preț este sau nu neobişnuit de scăzut și dacă ofertantul, prin preţul ofertat, are capacitatea de a-i satisface nevoile, de a îndeplini contractul și cerinţele caietului de sarcini;
- obligaţia entității contractante de a solicita clarificări cu privire la formarea și fundamentarea preţului se naşte numai în situația în care, în urma analizei proprii, entitatea contractantă stabilește că preţul este unul neobişnuit de scăzut, neexistând, ca în cazul legislaţiei anterioare, o obligaţie automată de solicitare de clarificări dacă preţul coboară sub un anume prag.

În cazul de față, prețul ofertat de asocierea câștigătoare este de 1.814.048,00 lei, fără TVA, și reprezintă 95,5% din valoarea estimată (1.900.368 lei fără TVA), iar autoritatea contractantă, conform principiului asumării răspunderii, nu l-a apreciat ca fiind neobișnuit de scăzut.

Conform art. 142 alin. 1 din HG nr. 394/2016:

„(1) În situaţia în care comisia de evaluare constată că elemente de preţ ale unei oferte sunt aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la

preţurile pieţei, utilizându-se ca referinţă în acest sens informaţii cum ar fi buletine statistice sau cotaţii ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicaţii cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire."

După cum se poate observa, textul de lege are ca finalitate asigurarea entității contractante că ofertantul are posibilitatea îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire, urmând să solicite clarificări pentru a obţine această asigurare și siguranță.

Drept urmare, afirmaţiile de ordin subiectiv ale contestatoarei privind preţul nesustenabil al ofertantei concurente nu sunt probate. Contestatoarea nu argumentează în concret și nici nu produce în fața Consiliului vreun mijloc de probă concludent din care să reiasă că oferta concurentei sale conţine un preț mult prea scăzut în raport cu valoarea estimată a contractului.

Conform art. 249 din Codul de procedură civilă *„Cel ce face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege*", această regulă fiind exprimată prin adagiul *„actori incumbit onus probandi*" (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Faptul că societatea contestatoare calculează, pentru oferta câștigătoare, alt preț decât cel propus de ea, nu înseamnă automat că prețul asumat de câștigător este nereal, imposibil de justificat sau că nu are o bază concurențială.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la faptul că prețul ofertat nu ia în calcul costurile pe care le implică prestarea serviciilor, respectiv nu s-au luat în calcul costurile pe care le implică diurna, transportul, cazarea și delegarea tuturor agenților de pază din convențiile AJOFM, care nu au domiciliul în localitatea unde se prestează serviciul de pază, Consiliul constată că aceasta este nefondată.

Astfel, Consiliul constată că domiciliul agenților de securitate este irelevant, în speță, având relevanță locul muncii stabilit prin contractul individual de muncă, care, conform dispozițiilor art. 16^1 alin. (1) din Codul muncii, *„reprezintă locul în care salariatul îşi desfăşoară activitatea, situat în perimetrul asigurat de angajator, persoană fizică sau juridică, la sediul principal sau la sucursale, reprezentanţe, agenţii sau puncte de lucru care aparţin acestuia*" și nu localitatea de domiciliu a agenților.

Potrivit dispoziţiilor art. 249 din Codul de procedură civilă, *„Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege*", această regulă fiind exprimată și prin adagiul *„actori incubit onus probandi*" (reclamantului îi incumbă sarcina probei). În speță, se constată că autoarea contestației nu a făcut dovada faptului că agenții de pază indicați în convențiile AJOFM au domiciliul în altă localitate decât cea în care se prestează serviciul de pază, pentru a deveni incidente dispozițiile art. 44 alin. (2) din Codul muncii care stipulează că: *„Salariatul delegat are dreptul la plata cheltuielilor de*

transport şi cazare, precum şi la o indemnizaţie de delegare, în condiţiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil".

Totodată, Consiliul constată că ofertantul contestator, în motivarea cheltuielilor cu diurna și cazarea, se raportează la prevederile Ordinului nr. 60/2015, iar în ceea ce privește transportul se invocă art. 17 alin. 3 din H.G. nr. 1860/2006, ambele fiind abrogate prin HG nr. 714/2018 privind drepturile şi obligaţiile personalului autorităţilor şi instituţiilor publice pe perioada delegării şi detaşării în altă localitate, precum şi în cazul deplasării în interesul serviciului. H.G. nr. 714/2018 este aplicabil personalului autorităţilor şi instituţiilor publice, indiferent de modul de finanţare şi subordonare, cum este prevăzut la art. 1 alin. 1 din hotărârea sus-menționată.

În ceea ce privește detașarea și delegarea, Consiliul va lua în considerare argumentele prezentate de entitatea contractantă în punctul său de vedere, respectiv:

«In ceea ce privește detaşarea si delegarea, Legea 53/2003 privind codul muncii la art. 43 defineşte delegarea ca fiind „exercitarea temporară, din dispoziţia angajatorului, de către salariat, a unor lucrări sau sarcini corespunzătoare atribuţiilor de serviciu în afara locului său de muncă", iar la art. 45 defineşte detaşarea ca fiind „actul prin care se dispune schimbarea temporară a locului de muncă, din dispoziţia angajatorului, la un alt angajator, în scopul executării unor lucrări în interesul acestuia. In mod excepţional, prin detaşare se poate modifica şi felul muncii, dar numai cu consimţământul scris al salariatului".

... S.A. nu preia angajaţii ofertantului, nu le plăteşte salariile, aceştia ramanand cu contract de munca la societatea de paza, aceasta avand obligaţia sa le plateasca salariile, astfel incat nu sunt indeplinite condiţii detasarii prevăzute de art. 45 - 46 Codul Muncii.

Delegarea presupune exercitarea atribuţiilor de serviciu in afara locului de munca. Obiectivul pentru care ... S.A. a demarat procedura de achiziţie a serviciilor de paza este Exploatarea Miniera Berbesti. Personalul cu care ofertantul declarat castigator va asigura paza este constituit din agenţi de paza angajaţi proprii, ale căror locuri de munca vor fi la obiectivul pentru care se va incheia contractul de achiziţie. Aşadar, aceştia nu isi modifica locul de munca, din fundamentarea preţului nu rezulta ca angajatorul a avut in vedere o delegare a agenţilor de paza la un alt loc de munca, deci in mod eronat contestatoarea critica stabilirea preţului fara a avea in vedere si cheltuielile pe care o eventuala delegare a angajaţilor le-ar presupune.

Potrivit fundamentării preţului ofertat rezulta ca ofertantul S.C. ... S.R.L. a avut in vedere, pe langa cheltuielile cu salariile prevăzute de Codul muncii si cheltuieli cu transportul si alte cheltuieli administrative. Prin urmare, daca unii dintre angajaţi ar locui pe raza unei alte localitati decât cea in care isi desfasoara activitatea de agent paza, angajatorul le asigura transportul sau le deconteaza cheltuielile cu transportul.»

Critica autoarei contestației, privind folosirea convențiilor AJOFM și în alte proceduri, de către ofertantul câștigător, formulată în adresa de completare a contestației din data de 18.07.2019, va fi respinsă ca tardivă, deoarece aceasta a fost depusă cu depășirea termenului legal de

contestare, de 5 zile, raportat la data comunicării rezultatului procedurii, respectiv 11.07.2019.

Totodată, această critică nouă, formulată prin adresa de completare a contestației, este și inadmisibilă, conform prevederilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv:

"*Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia*", motivarea în fapt și în drept a contestației putându-se completa doar la solicitarea Consiliului, conform dispozițiilor art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de entitatea contractantă, și în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă SOCIETATEA ... SA.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației, pentru neconstituirea cauțiunii și pentru necontestarea raportului procedurii, invocată de entitatea contractantă în punctul său de vedere.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă SOCIETATEA ... SA.

Admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Împotriva prezentei decizii 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.

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 16 pagini.