C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 823/C2/713
Data: 24.05.2019

Prin contestația nr. 1955/23.04.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15330/23.04.2019, formulată de SC TRANSGUARD SECURITY SRL, cu sediul în Constanța, b-dul Mamaia nr.122 bis, , județul Constanța, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului Brașov sub nr. J13/3385/2006, CUI RO 19182671, reprezentată legal prin Usmec Ileana Corina – administrator, privind procedura simplificată, organizată pentru atribuirea contractului de *Servicii de pază la locațiile și obiectivele Regiei Autonome Județene de Drumuri și Poduri Constanța*, cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev.2), de REGIA AUTONOMĂ DE DRUMURI ȘI PODURI CONSTANȚA, cu sediul în Constanța, str. Glucozei nr. 15A, județul Constanța, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat anularea procedurii și reluarea acesteia cu un tarif legal, astfel încât să permită derularea procedurii în condiții de concurență reală.

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

Prin contestația mai sus menționată, SC TRANSGUARD SECURITY SRL a înțeles să se îndrepte împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări, adresa nr. 4123 din 18.04.2019, formulând critici asupra modului în care autoritatea contractantă a estimat tariful unitar pentru prestarea serviciilor de pază.

Astfel, contestatoarea susține că, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă face referire la toate obligațiile pe care un operator economic le are în calitate de angajator și menționează costurile minime legale pentru prestarea serviciului de pază cu respectarea întocmai a prevederilor dreptului muncii privind salariul minim pe economie și sporurile obligatorii

aplicabile, precizând că a avut în vedere următoarele prevederi legale, și anume: HG nr. 937/2018, art. 125, 126, 137, 142 alin. (2) și art. 145 din Codul muncii și art. 78 din Legea nr. 448/2006. A rezultat că valoarea contractului este de 1.403.180,75 lei, ceea ce, exprimat în tarif orar, înseamnă 15,91 lei/oră, fără TVA.

De asemenea, contestatoarea arată că, în cuprinsul aceleiași documentații s-a prevăzut faptul că în măsura în care din perioada contractuală de 8 luni, s-ar utiliza în pază timp de 7 luni cel puțin 22 de agenți de securitate pentru care societatea încasează subvenție, din valoarea contractului de 1.403.180,75 lei se scade suma de 346.500 lei, rezultând o valoare totală de 1.056.636,00 lei. Împărțind această sumă la numărul total de 88.200 ore, rezultă un tarif orar de 11.98 lei/oră, fără TVA.

În aceste condiții, apreciază contestatoarea, pentru a putea depune oferta la procedura ce face obiectul prezentei cauze, se pot înscrie și pot depune oferte doar societățile care au încheiat și mențin minim 22 de convenții cu Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă, limitând în acest fel numărul ofertanților. Contestatoarea susține că, fără deținerea acestor convenții, nu poate depune oferta, deoarece tariful orar de 11,98 lei/oră nu respectă legile în vigoare și nu este un tarif sustenabil. De asemenea, acesta a fost stabilit ca urmare a răspunsului unui operator economic la consultarea pieței și care a justificat tariful prin prezentarea a unui număr de 22 de convenții încheiate cu Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă.

Astfel, societatea contestatoare arată că autoritatea contractantă a scăzut 346.500 lei din valoarea procedurii și consideră ipotetic că orice operator economic ar putea deține minimum 22 de agenți de securitate angajați în condițiile art. 85 din Legea nr. 76/2002.

Deoarece aceste subvenții în baza cărora autoritatea contractantă a diminuat tariful nu sunt obligatorii pentru o societate ce are ca obiect de activitate paza și protecția și considerând că tariful de 11,98 lei/oră nu poate fi un tarif legal care poate acoperi obligațiile legale (plata sporului de noapte de 25 %, plata sporului de week-end 1%, plata concediului de odihnă, contribuții asiguratorii de muncă, plata fondului de handicap, plata sărbătorilor legale), dar și cheltuielile directe, indirecte și profit, în temeiul art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 210/16.04.2019, transmisă prin e-mail, a solicitat clarificări în sensul celor menționate mai sus.

Precizează că a transmis, prin e-mail, solicitarea de clarificări, deoarece nu a putut să o posteze pe SEAP din cauza unei erori de sistem.

La solicitarea de clarificări, după cum se arată, autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. 4123/18.04.2019, fără a aduce la cunoștința celorlalți operatori economici înscriși despre clarificările făcute asupra procedurii, încălcând astfel prevederile legale.

În continuare, autoarea contestației susține, vizavi de conținutul răspunsului la clarificarea formulată, că acesta face trimitere la decizii CNSC și a înțeles că este vorba de o diminuare a tarifului în baza Legii nr. 76/2006, însă această diminuare, în aprecierea contestatoarei este aplicată de un operator economic și nu de o autoritate contractantă.

Tot din răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări, a reținut contestatoarea că, aceasta nu consideră restrictivă cerința sa privind obligarea societăților de pază la deținerea unui minim de 22 de convenții încheiate cu Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă, deoarece nu este o cerință de calificare solicitată prin fișa de date.

Apreciază că autoritatea contractantă nu clarifică prin răspunsul său situația prezentată, nu dorește să aplice măsuri de remediere și adoptă o poziție tendențioasă și lipsită de obiectivitate.

În drept, sunt invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016 și HG nr. 394/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 4570/07.05.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 16811/08.05.2019, autoritatea contractantă a depus la dosarul cauzei punctul său de vedere privitor la contestația formulată de SC TRANSGUARD SECURITY SRL, prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată, și continuarea procedurii de achiziție pentru următoarele motive:

Urmare a publicării anunțului de consultare a pieței, au transmis oferte de preț, trei operatori economici.

Văzând oferta de preț (11,90 lei fără TVA/oră/agent) de la RINO GUARD SRL, comisia de evaluare a solicitat operatorului economic justificarea prețului ofertat, iar conform răspunsului acestuia, tariful de 11,98 lei/oră/agent fără TVA a fost justificat prin declararea subvențiilor de care beneficiază conform prevederilor art. 85 alin. (1) din Legea nr.76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia: *„angajatorii care încadrează în muncă, pe perioadă nedeterminată, șomeri în vârstă de peste 45 de ani, șomeri care sunt susținători unici ai familiilor monoparentale, șomeri de lungă durată sau tineri NEET primesc lunar, pe o perioadă de 12 luni, pentru fiecare persoană angajată din aceste categorii, o sumă în cuantum de 2.250 lei, cu obligația menținerii raporturilor de muncă sau de serviciu, cel puțin 18 luni.”*

Autoritatea contractantă arată că, în baza anunțului de consultare a pieței, prin comisia de evaluare, a procedat la actualizarea documentației de atribuire, astfel :

1. A fost recalculată perioada de derulare a contractului conform perioadei 01.05.2019 – 31.12.2019 (zile calendaristice), respectiv 245 zile, rezultând astfel un număr total de ore prestabilite conform posturilor stabilite prin documentația de atribuire, rezultând astfel un total de 88.200

ore, după cum urmează: - 13 posturi cu program de 24/24 ore x 245 zile = 76.440 ore;
- 4 posturi cu program 12/24 x 245 zile = 11.760 ore.

2. Având în vedere oferta de preț și documentele transmise de către operatorul economic RINO GUARD SRL privind justificarea prețului ofertat, precum și istoricul procedurii de achiziție derulată în anul 2018 pentru atribuirea unui contract similar în cadrul căruia a fost stabilit în mod clar faptul că, tarifele ofertate în cadrul procedurilor de achiziție publică având ca obiect servicii de pază, pot fi justificate și susținute conform prevederilor legale de către operatorii economici care beneficiază de subvenții conform prevederilor Legii nr. 76/2002, precum și faptul că acest tarif poate fi diminuat în cazul în care în vederea îndeplinirii contractului respectiv, operatorul economic dispune și utilizează un număr mai mare de agenți de pază subvenționați conform prevederilor legale, a fost stabilit tariful unitar de 11,98 lei fără TVA /oră/agent, care a stat la baza valorii estimate a procedurii.

3. Actualizarea paragrafului din caietul de sarcini „Serviciul de pază va fi asigurat conform planului de pază elaborat de prestatorul serviciilor, avizat de instituțiile competente și notificat autorității contractante” se va face conform prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea nr. 333/2003 republicată.

În vederea derulării prezentei proceduri, autoritatea contractantă, după cum susține, a transmis în SICAP următoarele date și anume:
- perioada de derulare a contractului 01.05.2019 -31.12.2019 (245 zile), respectiv 88.200 ore; 01.01.2020 – 30.04.2020 (121 zile), respectiv 43.560 ore;
- valoarea estimată 1.056.636,00 lei fără TVA, aceasta fiind stabilită pentru prestarea serviciilor în perioada 01.05 – 31.12.2019 (245 zile calendaristice), reprezentând valoarea estimată a procedurii, respectiv 1.578.484, 80 lei fără TVA, valoare ce cuprinde și valoarea suplimentării serviciilor pe 4 luni pentru 4 luni din perioada 01.01 – 30.04.2020 (121 zile) în limita creditelor bugetare aprobate conform art. 165 din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă arată că, urmare a publicării documentației de atribuire, SC TRANSGUARD SECURITY SRL a transmis, prin e-mail, adresa nr. 210/16.04.2019, la care s-a răspuns prin adresa nr. 4123/18.04.2019, răspuns pe care REGIA AUTONOMĂ DE DRUMURI ȘI PODURI CONSTANȚA înțelege să-l prezinte în integralitate în prezentul punct de vedere.

Referitor la aprecierea contestatoarei în sensul că subvențiile nu sunt obligatorii și ele nu pot fi impuse, autoritatea contractantă face mențiunea că acestea sunt prevăzute de legislația în vigoare, respectiv Legea nr. 76/2002 la care a făcut referire în documentația de atribuire.

Subliniază autoritatea contractantă că tariful unitar de 11,98 lei, fără TVA/ oră / agent a fost stabilit în urma aplicării unui mecanism instituit de legislația achizițiilor publice, respectiv prin consultarea pieței, conform prevederilor art. 18 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precum și al rezultatului procedurii de achiziție derulată în cursul anului 2018 în cadrul căreia au fost transmise un număr de 3 oferte financiare fundamentate și justificate prin declararea convențiilor de care ofertanții beneficiau la data respectivă, conform prevederilor Legii nr. 76/2002, și uzând de prevederile Legii nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap.

Pentru toate aceste considerente, autoritatea contractantă apreciază că nu a îngrădit în niciun fel participarea operatorilor economici interesați să depună ofertă, deciziile acesteia fiind temeinic fundamentate, justificate și asumate.

Așa cum rezultă din documentația de atribuire transmisă în SICAP, autoritatea contractantă a fundamentat în mod clar decizia de a utiliza tariful unitar de 11,98 lei fără TVA / oră / agent, considerând astfel că interpretarea contestatoarei SC TRANSGUARD SECURITY SRL, cum că intenția autorității contractante este de a limita numărul operatorilor economici participanți la procedura de achiziție este una tendențioasă și nefundamentată legal.

În probatoriu, sunt depuse înscrisuri aflate la dosarul achiziției publice.

În drept, sunt invocate prevederile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Prin anunțul de participare nr. SCN1041354, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 09.04.2019, autoritatea contractantă REGIA AUTONOMĂ DE DRUMURI ȘI PODURI CONSTANȚA a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de servicii de pază estimate valoric la 1.056.636 lei, fără TVA. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că tariful unitar estimat nu este unul legal, SC TRANSGUARD SECURITY SRL a solicitat autorității clarificări în legătură cu tariful de 11,98 lei/oră.

Consiliul are în vedere că SC TRANSGUARD SECURITY SRL a indicat ca act atacat: *răspunsul la solicitarea de clarificări, adresa cu nr. 4123 din 18.04.2019*, solicitând *anularea procedurii în baza art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016*, nicidecum remedierea răspunsului de clarificare pe care declară că îl atacă.

Criticile reclamantei vizează un răspuns al autorității contractante, regăsit în adresa nr. 4123/18.04.2019, la solicitarea SC TRANSGUARD SECURITY SRL (adresa nr. 210/16.04.2019) de clarificare a tarifului orar estimat de 11,98 lei/oră, ținând cont de faptul că, din analiza caietului de

sarcini, rezultă că pentru a depune ofertă în cadrul prezentei proceduri ofertanții sunt obligați să dețină și să folosească pentru acest contract un număr minim de 22 de convenții încheiate cu Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă Constanța. În răspunsul său, REGIA AUTONOMĂ DE DRUMURI ȘI PODURI CONSTANȚA a oferit explicații privind stabilirea unui astfel de tarif, concluzionând că a întreprins toate masurile prevăzute de legislaţia in vigoare pentru stabilirea tarifului unitar stabilit pentru estimarea valorii de achiziţie, fiind clar faptul ca acest tarif poate fi sustinut pentru derularea contractului care face obiectul prezentei, cu respectarea tuturor prevederilor legale, precum si faptul ca acest tarif minim estimat poate fi diminuat prin implicarea unui număr mai mare de 22 agenţi care beneficiaza de subvenţiile prevăzute la art. 85 din Legea nr. 76/ 2002, sau in cazul in care operatorul economic este scutit de plata contribuţiei privind fondul de handicap conform prevederilor art 78 din Legea nr. 448/ 2006.

Este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, nu a fost contestată de niciun operator economic în termenul legal de la publicarea ei în SEAP (09.04.2019), drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC TRANSGUARD SECURITY SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive.

Prin contestația 23.04.2019, deci la două săptămâni depărtare de la publicarea în SEAP a documentației, societatea a cerut expres anularea procedurii, însă această cerere se vădește a fi tardivă, în raport cu data de 09.04.2019, începând cu care îi erau sau ar fi trebuit să îi fie cunoscute reclamantei deficiențele documentației publicate în SEAP, inclusiv cu privire la tariful orar stabilit.

Conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016:

(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

[...]

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

Este subînțeles că, în ceea ce privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

În loc să depună contestație la Consiliu și la autoritate n termenul de 5 zile începând cu aceea următoare luării la cunoștință despre documentația restrictivă, societatea a formulat solicitare de clarificări, prin care a cerut organizatoarei următoarele: *având în vedere că tocmai*

autoritatea contractantă, prin caietul de sarcini, a stabilit un tarif legal de 15,91 lei/oră, ca ulterior să oblige ofertanții la folosirea unui număr de minimum 22 de convenții încheiate în baza legii 76/2002, ***vă rugăm să ne aduceți clarificări cu privire la această condiție restrictivă****.* Purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care contestatoarea cere lămurirea asupra tarifului legal stabilit, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea că valoarea estimată a fost stabilită în baza unui tarif unitar de 11,98 lei fără TVA/oră/agent, astfel precum rezultă din caietul de sarcini, încă de la data publicării acestuia, și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a-l ataca în termenul legal, dacă aprecia că este nelegal și dorea anularea procedurii. Acest termen ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauze ale documentației, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria adresă.

Desigur, dacă actul vătămător este răspunsul de clarificări primit de la autoritatea contractantă, termenul de contestare a lui curge, evident, de la primirea lui. Însă, vizavi de un astfel de răspuns, trebuie ținut seama de prevederile art. 160 al Legii nr. 98/ 2016, conform cărora:

(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunţul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabileşte prin anunţul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar şi complet tuturor solicitărilor de clarificare/informaţiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.

(3) Autoritatea contractantă are obligaţia de a publica răspunsurile însoţite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziţiei, indicată potrivit dispoziţiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informaţiile suplimentare respective.

(4) Dispoziţiile art. 150 alin. (3) - (6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce priveşte răspunsurile la solicitări de clarificări sau informaţii suplimentare.

Răspunsul de clarificare (regăsit pe parcursul a trei pagini) la întrebarea de clarificare a SC TRANSGUARD SECURITY SRL nu operează modificarea sau completarea conținutului documentației de atribuire, pentru a se putea raționa, eventual, că termenul ar începe să curgă de la răspunsul de clarificare. El acoperă întrebarea formulată de SC

TRANSGUARD SECURITY SRL și este clar și complet, precum dictează prevederile art. 160 antecitate.

În concluzie, criticile, cu privire la faptul că autoritatea nu clarifică prin răspunsul său situația prezentată, în sensul că nu dorește să aplice măsuri de remediere (care de fapt nu au fost cerute), pe care le aduce contestatoarea, se vădesc a fi neîntemeiate. Pe de altă parte, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are nicio obligație legală de a completa documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebările. Singura obligație legală a autorității contractante este aceea de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, iar analiza Consiliului relevă că răspunsul dat este în acest sens, potrivit solicitării SC TRANSGUARD SECURITY SRL **de clarificare**.

Nemulțumirea reclamantei pornește de la deficiențele de stabilire a valorii estimate, însă acestea, pentru a fi acoperite, presupuneau atacarea documentației de atribuire în termenul legal, nu a răspunsului de clarificare, care se încadrează în limitele legii.

Cu toate că SC TRANSGUARD SECURITY SRL a menționat ca act atacat răspunsul la clarificări, criticile sale sunt la adresa documentației de atribuire. Nu se solicită anularea acelui răspuns **ci anularea procedurii de atribuire**.

În considerarea celor reținute, Consiliul determină că nu există motive pentru infirmarea actului autorității de furnizare a răspunsului de clarificare atacat, față de care contestatoarea nici măcar nu cere ceva. Documentația de atribuire postată la 09.04.2019 nu poate fi analizată în cadrul acestui proces, termenul de contestare a ei fiind expirat. În acest context, anularea întregii proceduri de atribuire, nu este întemeiată. Față de cele ce preced, Consiliul va respinge contestația SC TRANSGUARD SECURITY SRL.

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. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația SC TRANSGUARD SECURITY SRL, în contradictoriu cu REGIA AUTONOMĂ DE DRUMURI ȘI PODURI CONSTANȚA.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE COMPLET, MEMBRU, MEMBRU,
Luisa-Mădălina MARIA Maria-Marinela PĂUN Alina-Oana OPRIȘAN

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini