

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

DECIZIE

Nr. 2123/C3/2374

Data: 11.10.2022

Prin contestația nr. 160/29.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48307/30.09.2022, înaintată de SRL (lider al asocierii SRL – SRL), cu sediul în, județul, înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de și, formulată împotriva rezultatului procedurii proprii organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în, în vederea atribuirii contractului de „Servicii de pază și protecție prestate în cadrul obiectivelor”, ce a fost inițiată cu anunțul de publicitate nr. 10552/12.04.2022, s-a solicitat

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48307/30.09.2022, ... SRL atacă rezultatul procedurii mai sus menționate, organizată de, considerând că oferta depusă de a fost declarată admisibilă și câștigătoare eronat, de către autoritatea contractantă, în urma reevaluării dispuse de Consiliu prin Decizia nr. 1108/C3/1067 din 27.05.2022, decizie ce a fost menținută de Curtea de Apel (hotărârea nr. 916/2022 din 26.07.2022, Dosar nr. 4491/2/2022).

Având în vedere soluția de respingere a plângerii autorității contractante împotriva deciziei CNSC, aceasta avea obligația de a pune în aplicare, întocmai, Decizia nr. 1108/C3/1067 din 27.05.2022, potrivit căreia, *din toate aceste calcule, precum și din documentele cuprinse în ofertă, nu rezultă modalitatea în care s-a stabilit suma de diminuare a valorii reale a ofertei.*

Nu există (în ofertă) dovezi ale deținerii efective a sumelor ce ar proveni din convențiile invocate, respectiv a predictibilității obținerii lor pe durata viitorului contract de achiziție publică, ce ar putea fi afectate doar derulării acestuia, și nu sunt probe nici că autoritatea contractantă ar fi analizat acest aspect. Nici în legătură cu implicarea personalului de

pază pentru care se obține subvenția, nu există dovezi ale analizării, de către autoritatea contractantă, a posibilității efective de intervenire a diminuării prețului în cauză, pe durata viitorului contract.

Deși posibilitatea de diminuare a valorii de ofertare, prin utilizarea sumelor rezultând din subvenții este permisă de legislația în domeniu, nu se poate accepta doar o explicație cu caracter pur teoretic, ca justificare în utilizarea unor preturi neobișnuit de scăzute sau care nu sunt, aparent, rezultatul liberei concurențe.

Autoritatea contractantă trebuia, prin clarificările sale, să solicite ofertantului declarat câștigător să dovedească indisponibilizarea sumei pentru contractul în cauză, or nu doar să demonstreze proveniența sumei, prin depunerea unor convenții și extrase sau declarații că vor utiliza respectivele sume. Ofertantul declarat câștigător avea obligația demonstrării deținerii acelei sume, a indisponibilizării ei cauză.

Încasarea, de către un operator economic, a sumelor provenite din convențiile încheiate cu AJOFM/AMOFM, nu oferă nicio garanție autorității contractante că acele valori nu au fost utilizate în alte scopuri.

Pentru a fi menținut tariful propus, prin intermediul sumelor din convenții, ofertantul trebuie să aibă la dispoziție, pentru contractul în cauză, valorile pe care le-a invocat.

Relevantă este, în acest sens, Hotărârea cauza C-76/16, Ingsteel spol, prin care CJUE atrage atenția că suma prezentată de ofertant trebuie alocată pentru executarea contractului: "În plus, menținerea disponibilității sumei necesare, pe durata executării contractului, este un element util pentru a evalua în mod concret capacitatea economică și financiară a ofertantului în raport cu angajamentele sale. Buna executare a contractului este astfel intrinsec legată de aspectul dacă ofertantul dispune de mijloacele financiare necesare pentru a-l duce la bun sfârșit".

În lipsa unui răspuns concludent, privitor la indisponibilizarea sumelor, comisia de evaluare trebuia să respingă oferta, ca inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016. Așa cum a menționat și Consiliul în decizia sa nr. 1108/C3/1067 din 27.05.2022, ...a utilizat convențiile indicate în mai multe proceduri,

fapt pentru care oferta acesteia trebuia respinsă.

Tariful propus a fost diminuat, la nivelul de 15,46 lei/oră, pe baza unor valori care ar rezulta din mai multe convenții încheiate cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului (nr. 98/03.11.2021; nr. 172/26.11.2021; nr. 384/29.12.2021 și nr. 10/03.03.2022).

Mai mult, învederează contestatoarea, comisia de evaluare avea obligația de a verifica domiciliul fiecărui agent subvenționat propus. Pentru persoanele subvenționate, al căror domiciliu se află în alte județe decât, se vor alocă costuri cu deplasarea, precum și cu diurna și se va aplica clauza de mobilitate, dacă execută serviciul mai mult de 12

ore/schimb (posturi permanente 24 ore/24 ore, de L-D). Cheltuielile cu deplasarea trebuie incluse în tarifele ofertate, în conformitate cu dispozițiile art. 44 alin. (2) și art. 25 din Codul muncii.

Astfel, justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete și actuale de formare a lui și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final, verificarea corectitudinii tarifului ofertat. În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile solicitate sau răspunsurile pe care le prezintă nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețurilor sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Față de considerente expuse, contestatoarea solicită admiterea cererii sale astfel cum a fost formulată.

Prin adresa 26339/05.10.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 49074/05.10.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, ca nefondată.

În fapt, autoritatea contractantă precizează că, pentru a respecta decizia Consiliului, a anulat raportul procedurii nr. 11636/27.04.2022 și a reluat evaluarea financiară, ocazie cu care a obținut toate clarificările necesare de la operatorii economici care au depus oferte în cadrul acestei proceduri.

Ofertantului i-au fost solicitate clarificări privitoare la formularul de ofertă financiară, respectiv la mențiunea ce privește cheltuielile indirecte, costuri diverse/neanticipate. Ofertantul a clarificat informațiile contradictorii din tabel și din prezentarea analitică, comunicând unitatea de măsură pe care a avut-o în vedere pentru stabilirea cheltuielilor indirecte (menționată diferit în cele două documente din cauza unei erori materiale).

Oferta financiară depusă de a fost justificată de aceasta, în mod corespunzător, fiind detaliate toate componentele de cost, astfel:

- salariu de încadrare brut/agent de pază - 2.550 lei fără TVA;
- normă legală de ore/lună - 167.333 cost/oră;
- salariu tarif orar - 15,24 lei, fără TVA;
- spor noapte 25% - 1,27 lei, fără TVA;
- spor weekend 1 % - 0,04 lei, fără TVA;
- spor sărbători legale 100% - 0,63 lei, fără TVA;
- concediu minim de odihnă - 20 zile/an - 1,37 lei, fără TVA;
- spor ore suplimentare - 75% - 0,00;
- total cost salarial supus taxării - 18,55 lei, fără TVA;
- fond handicap - 0,61 lei, fără TVA;
- cotă contribuție asiguratorie pentru muncă - 0,42 lei, fără

TVA;

- total taxe - 1,03 lei, fără TVA;
- total cost salarial - 19,58 lei, fără TVA;
- costuri directe - 0,10 lei fără, TVA;
- costuri indirecte - 0,02 lei/oră, fără TVA;
- profit - 0,01 lei, fără TVA;
- tarif/oră/pază - 19,71 lei, fără TVA;
- subtotal - total pentru cele 52.560 ore - 1.035.957,60;
- reducere din costuri - subvenții cf. art. 85/76/2002 - (223.380,00 lei);
- tarif/oră - 15,46 lei, fără TVA.

În susținerea prețului, ofertantul declarat câștigător a făcut dovada sustenabilității subvenției acordate de Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului, prin depunerea, în anexă la oferta tehnică și financiară, a convențiilor încheiate, privind angajarea unor persoane cu vârsta de peste 45 de ani, însoțite de listele cu respectivii salariați (cu nominalizarea contractelor individuale de muncă încheiate), precum și dispozițiile emise de ANOFM privind stabilirea drepturilor prevăzute de art. 85 din Legea nr. 76/2002.

Astfel, prin Dispoziția nr. 98 emisă de Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului, s-a dispus că, începând cu data de 03.11.2021, angajatorul - beneficiază din Bugetul Asigurărilor pentru Șomaj de subvenționarea locurilor de muncă pentru un număr de 50 de șomeri în vârstă de peste 45 de ani, în cuantum total de 1.350.000 lei. Respectiva dispoziție are anexată lista cu cei 36 de salariați care îndeplinesc condițiile pentru acordarea respectivei subvenții.

De asemenea, prin Dispoziția nr. 172/26.11.2021, emisă de Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului, s-a dispus că, începând cu data de 26.11.2021, angajatorul - beneficiază, din Bugetul Asigurărilor pentru Șomaj, de subvenționarea locurilor de muncă pentru un număr de 36 de șomeri în vârstă de peste 45 de ani, în cuantum total de 1.350.000 lei. Respectiva dispoziție are anexată lista cu cei 36 de salariați care îndeplinesc condițiile pentru acordarea respectivei subvenții.

Prin urmare, comisia de evaluare a verificat dacă ofertantul a depus toate documentele doveditoare ale acestor facilități fiscale, conform dispozițiilor art. 85 din Legea nr. 76/2002 și ale OG nr. 60/2018, respectiv Convenția încheiată cu AJOFM de la sediul participantului, pentru demonstrarea că subvențiile propuse sunt în plată, însoțite de dispozițiile ANOFM, în care sunt consemnate cuantumul subvențiilor acordate și listele cu salariații care îndeplinesc condițiile pentru acordarea facilităților fiscale.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă învederează că Legea nr. 76/2002 și OG nr. 60/2018 nu prevăd, în mod expres, că sumele reprezentând subvențiile emise în baza legii nu pot fi folosite decât în

contractele în care sunt folosiți angajați în considerarea cărora s-au perfectat convențiile, după cum nici nu interzice utilizarea convențiilor și, respectiv, a angajaților pentru care se acordă subvențiile, pentru îndeplinirea obligațiilor din mai multe contracte/proceduri. Este responsabilitatea ofertantului declarat câștigător să-și organizeze activitatea pentru îndeplinirea obligațiilor asumate, iar o verificare a modului în care societatea respectivă își organizează angajații pe fiecare procedură/contract în parte și înțelege să se folosească parțial/integral de subvențiile primite, în raport de angajații avuți, excede obligațiilor comisiei de evaluare.

Mai mult, comisia de evaluare nu are temei legal în baza căruia să poată solicita altor autorități contractante informații despre depunerea unor oferte tehnice și financiare în propriile proceduri de atribuire.

Singura excepție, care îngrădește dreptul unui operator economic să participe la mai multe proceduri cu aceeași ofertă, este stabilită de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă susține că, printre sarcinile și responsabilitățile comisiei de evaluare nu se regăsește și aceea de a verifica domiciliul agenților subvenționați propuși. De altfel, autoritatea contractantă nu consideră relevant faptul că agenții subvenționați propuși ar avea domiciliul stabilit într-un alt județ, având în vedere că aceștia ar putea locui, în realitate, la o altă adresă decât cea indicată în actul de identitate, situație extrem de des întâlnită.

Toate documentele depuse de către ofertanți sunt asumate și semnate de aceștia, în conformitate cu prevederile legale, astfel încât aceasta reprezintă garanția respectării costurilor stabilite, autoritatea contractantă neputând pune la îndoială documentele asumate.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă susține faptul că dispozițiile art. 44 alin. (2) din Codul muncii nu se aplică în cazul de față, așa-zisa delegare nerealizându-se în cadrul instituției. Fiind vorba despre un contract de prestări servicii, angajatorul agenților trebuie să se îngrijească de respectarea tuturor dispozițiilor legale și de achitarea tuturor obligațiilor în acest sens. Viitorii agenți de pază nu vor avea calitatea de salariați delegați ai autorității contractante, aceștia urmând a-și desfășura activitatea în locul de muncă stabilit de angajator.

De asemenea, clauza de mobilitate, la care contestatoarea face trimitere, se referă la angajații care nu realizează executarea obligațiilor de serviciu într-un loc stabil de muncă, fapt neaplicabil situației de față.

Nu în ultimul rând, autoritatea contractantă reclamă faptul că motivele redată în contestație fac parte integrantă dintr-o decizie pronunțată de CNSC într-o altă cauză, contestatoarea nerealizând o analiză proprie a situației. Prin urmare, contestatoarea a preluat apărări formulate într-o altă speță, având obiect similar, cu scopul de a induce în eroare Consiliul și de a distorsiona realitatea.

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

Autoritatea contractantă a inițiat o procedură proprie, în vederea atribuirii contractului de „Servicii de pază și protecție prestate în cadrul obiectivelor Administrației Spitalelor și Serviciilor Medicale”, prin publicarea, pe site-ul propriu, a anunțului de publicitate nr. 10552 din 12.04.2022 și a documentației de atribuire.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de, după reevaluarea ei, ... SRL a înaintat contestația de față.

Contestatoarea solicită anularea rezultatului/raportului procedurii nr. 25127 din 22.09.2022, în partea ce privește decizia comisiei de evaluare de a declara admisibilă oferta depusă de, precum și anularea actelor anterioare și subsecvente, cu obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea acestei oferte și declararea ei inacceptabilă și prin emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208448662/1, în valoare de 15.311,52 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, la data de 04.10.2022.

Analizând situația de fapt, Consiliul constată că desemnarea ofertei câștigătoare, după decizia anterioară a CNSC, nu a avut loc după o reevaluare efectivă a respectivei oferte, sub toate aspectele care reclamau o asemenea conduită.

Or, decizia CNSC nr. 1108/C3/1067 din 27.05.2022, ce a devenit și definitivă, prin respingerea plângerii împotriva ei (Hotărârea 1916/2022 a Curții de Apel, în dosar nr. 4491/2/2022), era obligatorie pentru autoritatea contractantă, conform prevederilor de la primul alineat al art. 29 din Legea nr. 101/2016: Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei.

În privința prețului ofertei desemnate câștigătoare, prin decizia precedentă, Consiliul a statuat asupra caracterului incert al lui, în lipsa unor dovezi care să probeze realitatea angajamentului că va fi respectat, pe durata întregului contract, și fără a fi eludate dispoziții legale din domeniul muncii și protecției sociale (paginile 7-8 din decizie):

”Din toate aceste calcule, precum și din documentele cuprinse în ofertă, nu rezultă modalitatea în care s-a stabilit suma de diminuare a valorii reale a ofertei.

Nu există (în ofertă) dovezi ale deținerii efective a sumelor ce ar proveni din convențiile invocate, respectiv a predictibilității obținerii lor pe durata viitorului contract de achiziție publică, ce ar putea fi afectate doar derulării acestuia, și nu sunt probe nici că autoritatea contractantă ar fi analizat acest aspect. Nici în legătură cu implicarea personalului de

pază pentru care se obține subvenția, nu există dovezi ale analizării, de către autoritatea contractantă, a posibilității efective de intervenire a diminuării

prețului în cauză, pe durata viitorului contract.

Deși posibilitatea de diminuare a valorii de ofertare, prin utilizarea sumelor rezultând din subvenții este permisă de legislația în domeniu, nu se poate accepta doar o explicație cu caracter pur teoretic, ca justificare în utilizarea unor prețuri neobișnuit de scăzute sau care nu sunt, aparent, rezultatul liberei concurențe.

Autoritatea contractantă a impus, prin documentația de atribuire, ca ofertanții să precizeze, la momentul întocmirii propunerilor financiare, toate costurile componente ale prețului, ceea ce se înțelege că trebuie, corelativ acestei obligații, să asigure și verificarea sustenabilității lor.

Or, din dosarul achiziției publice sau din punctul de vedere la contestație, nu rezultă că autoritatea contractantă a și verificat sustenabilitatea costurilor/prețurilor arătate, ci doar s-a limitat a compara prețurile ofertelor, aplicând asupra acestora criteriul de atribuire, pentru stricta lor departajare aritmetică.

Or, acceptarea ofertelor sau respingerea lor trebuie să se bazeze pe o analiză completă și corectă, nu doar a ansamblului angajamentelor asumate de autorii lor, ci prin corelarea informațiilor din cuprinsul acestora și prin raportarea lor la prevederile legale incidente.

În cauză, procedura de atribuire fiind călăuzită de principiile din domeniu, conform prevederilor art. 11 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă era ținută să verifice corectitudinea (implicit, legalitatea) angajamentelor ofertanților, aplicând reguli de transparență, egalitate și proporționalitate în mod corelativ.

Deși se confirmă că, cel puțin, una dintre convențiile indicate de contestatoare ca fiind deja utilizată în altă procedură de atribuire, de același ofertant, pentru a justifica diminuarea tarifului orar, este prezentată și în prezenta procedură, Consiliul consideră că acest aspect nu este relevant în mod individual, ci prin corelare cu alte informații/documente sau calcule pe care autoritatea contractantă trebuia să le solicite. Necunoscându-se modul sau proporția de utilizare a sumelor din convențiile arătate, implicit, a persoanelor care atrag aceste sume (dacă aceiași agenți sunt declarați ca făcând parte din sistemul de pază al altui obiectiv), nu se poate stabili realitatea/certitudinea intervenirii acelei diminuări de tarif.

Totodată, având în vedere și explicitarea asigurată de ofertantul în cauză, privitor la cheltuielile directe și la cheltuielile indirecte, Consiliul constată că se impunea, cel puțin, solicitarea de informații de clarificare și/sau justificare/dovedire a lipsei costurilor cu dotarea agenților, precum și cu privire la costurile diverse de 180 lei/post (confirmare/infirmare a valorii de 0,02 lei/lună/post sau pe oră, explicațiile din tabel și cele din prezentarea analitică fiind raportate la unități diferite de măsură)".

Din actele emise de autoritatea contractantă, sub pretextul reevaluării ofertei de interes, conform deciziei precedente a CNSC, rezultă că a fost solicitată o singură informație de clarificare/confirmare, prin adresa nr. 22319/17.08.2022, cu privire la valoarea costurilor diverse, de 0,02 lei/lună/oră.

Comisia de evaluare nu a solicitat informații de clarificare în privința costurilor cu dotarea agenților, dar nici dovezi ale realității și sustenabilității valorilor de reducere a prețului, ce ar rezulta din subvenția primită pe baza convențiilor declarate, în limitele stabilite clar prin decizia precedentă.

În consecință, deoarece declararea ofertei câștigătoare nu s-a realizat pe baza analizei impuse prin Decizia CNSC anterioară, sunt întemeiate criticile contestatoarei împotriva noului rezultat al procedurii, urmând a fi admisă solicitarea de anulare a lui, așa cum este consemnat în raportul procedurii nr. 25102/22.09.2022 și în adresa nr. 25127/22.09.2022. În mod subsecvent, și solicitarea privind obligarea autorității contractante la continuarea procesului de analiză a ofertei desemnate câștigătoare va fi admisă, acest demers fiind obligatoriu, conform deciziei precedente, iar termenul de punere în aplicare a măsurii va fi de 15 zile de la primirea deciziei prezente.

Admiterea acestor capete de cerere este întemeiată pe dispozițiile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

Cât privește obligarea autorității contractante la respingerea ofertei în cauză, Consiliul o va respinge, ca nefondată, în lipsa unei evaluări complete a ei, care a determinat măsurile anterior decise, de continuare a procedurii. Respingerea acestui capăt de cerere se întemeiază pe dispozițiile de la alin. (6) al aceluiași art. 26.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu, privitor la rezultatul procedurii inițiate cu anunțul de publicitate nr. 10552 din 12.04.2022.

Anulează decizia de stabilire a ofertei câștigătoare, cuprinsă în raportul procedurii nr. 25102/22.09.2022 și în adresa nr. 25127 din 22.09.2022. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de analiză a ofertei desemnate câștigătoare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la respingerea ofertei desemnate câștigătoare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în

conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...