CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. ....., ..., jud. ....., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... - administrator, împotriva documentației de atribuire, întocmită de către ....., cu sediul în ....., ..., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect „.....", cod CPV 79713000-5, s-a solicitat: obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere cu privire la estimarea unei valori corecte a achiziției, în conformitate cu prevederile legale în vigoare cu privire la procedurile de achiziții publice și legislația muncii.

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

SC ..... SRL a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, întocmită de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect „.....", cod CPV 79713000-5.

În fapt, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a estimat valoarea achiziției între 763.008,77 și 3.052.035,07 lei fără TVA, rezultând un tarif de 11,80 lei/oră fără a ține cont de toate costurile generate de executarea acordului cadru de către potențialii câștigători ai procedurii având în vedere următoarele considerente:

- Codul Muncii, referitor la drepturile bănești ale salariaților, conține prevederi legale obligatorii, imperative ce nu pot fi aplicate altfel decât cum este prevăzut de legislație;

- sporurile ce trebuie acordate salariaților care lucrează în ture, care prestează ore de noapte, etc. sunt prevăzute de Codul Muncii fiind exprimate în procente clare, exacte;

- Legea nr. 98/2016, precum și legislația conexă procedurilor de achiziție consideră o încălcare a normelor legale atribuirea contractelor unor societăți comerciale care nu respectă legislația muncii și legislația fiscală.

Contestatorul arată că, deși autoritatea contractantă a solicitat ofertanților să indice în cadrul ofertei că au ținut cont la elaborarea acesteia, de obligațiile referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii mai mult, aceasta solicită prin caietul de sarcini la pct. 2.2. lit. b) c) și pct. 5 Cerințe tehnice obligatorii pentru activitatea de pază (cerințe ce sunt considerate ca fiind obligatorii și minimale) și Atribuții ofertant, mijloace de transport, asigurare de răspundere civilă în valoare de 3.000.000 lei, dotarea dispeceratului cu aparatură de radiocomunicații - stație fixă de radio recepție, antenă, stații mobile, telefoane mobile, fax, calculator, imprimantă, mobilier, etc. și nu ține cont în estimarea valorii achiziției de faptul că este contrar prevederilor legale, Legea nr. 98/2016, atribuirea contractului unui ofertant care nu a prevăzut în oferta sa financiară toate costurile pentru serviciile ce fac obiectul procedurii așa cum au fost solicitate prin caietul de sarcini și fișa de date a achiziției.

Contestatorul menționează că, după cum se poate vedea din devizul prezentat în Notificarea prealabilă, doar costurile generate de paza umană reprezintă un tarif de 12,88 lei/oră, la acest tarif adăugându-se:

- cheltuieli directe: dotările personalului cu uniformă pentru fiecare sezon, baston, spray iritant lacrimogen, stații sau telefoane mobile, registre posturi paza (cerințe impuse și în caietul de sarcini), abonament servicii medicale, instruire personal, mijloace de transport pentru deplasarea între pavilioane și auxiliarele obligatorii ce derivă de aici: șofer, combustibil, reparații auto, revizii, RCA, etc.

- cheltuieli indirecte - asigurare bunuri în eventualitatea unor pagube pricinuite ca urmare a vinovăției agenților de securitate (cf. pct. 2.2 lit. c) caiet sarcini), personal administrativ, șef de obiectiv (cf. pag. 5 și 6 caiet sarcini), dispecerat, echipaje de intervenție, autoturisme pentru intervenție;

- profit, având în vedere că orice potențial ofertant trebuie să înregistreze și profit conform Legii nr. 31/1990.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a răspuns la notificarea prealabilă prin adresa nr. 13888/05.04....., justificând tariful estimat de 11,80 lei/oră cu un calcul incomplet, menționând doar parțial conținutul unor articole din Codul Muncii, sau articole ce nu se pot aplica în desfășurarea unei activități 24 ore din 24 organizată în schimburi: „zilele de sărbători legale + sâmbete și duminici s-au asociat, potrivit art. 142 Codul muncii cu compensarea prin alocarea de timp

liber”. Ori, pentru cele 10 posturi de pază cu program permanent 24 ore din 24, pe care autoritatea contractantă le solicită, se aplica art. 142 alin. (2), art. 137 alin. (2) și (3) din Codul muncii. Activitatea de pază pentru cele 10 posturi presupune un flux continuu având caracter permanent 24 ore din 24 ore, așadar salariații ce prestează turele din zilele de sărbătoare legală, sâmbătă și duminică trebuie să beneficieze de sporuri la salariu. De asemenea, autoritatea contractantă nu a luat în calcul indemnizația de concediu de odihnă ce trebuie plătită salariaților cf. art. 144 alin. (1) și (2) din Codul Muncii.

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă solicită și 3 posturi temporare de 12 ore doar în zilele lucrătoare, post ce nu implică ore noapte, zile sărbătoare legală, sâmbătă și duminică dar implică ore suplimentare (norma zilnică de lucru este de 8 ore) care se plătesc cf. art. 122 alin. (1), (2) și (3) din Codul Muncii, cu un spor la salariu care nu poate fi mai mic de 75 % din salariul de bază sau cu ore libere plătite. După cum se poate vedea în devizele prezentate, tariful pe oră pentru un post permanent este de 12,88 lei/oră și pentru un post temporar este de 11,62 lei/oră, tarife doar pentru munca vie ce nu conțin cheltuieli indirecte, cheltuieli directe și profit.

Contestatorul susține că, respectând cele indicate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini - pag. 7 Propunerea financiară, se calculează:

- posturi permanente: 7300,80 ore lunar;
- posturi temporare: 781,92 ore lunar;
- rezultă o valoare estimată fără TVA între: 1.237.442,52 lei {(7300,80 X 12,88) + (781,92 X 11,62)X121uni} - 3.299.846,72 lei {(7300,80 X 12,88) +(781,92 X 11,62)X321uni}, fără a include cheltuieli directe, cheltuieli indirecte și profit.

În concluzie, contestatorul consideră că autoritatea contractantă, prin calcularea în mod eronat a valorii estimate în sensul diminuării acesteia, a îngrădit dreptul său de a participa la procedură, deoarece ofertarea unui preț mai mare decât valoarea estimată ar însemna descalificarea din procedură.

Având în vedere toate aspectele expuse în prezenta contestație, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la estimarea unei valori a achiziției în conformitate cu prevederile legale în vigoare cu privire la procedurile de achiziție publice și legislația muncii.

În vederea soluționării contestației depuse, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 13800/..... - ...../13.04....., să transmită dosarul achiziției, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 18 și cu art. 20 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea 98/2016 precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat.

Prin adresa nr. 15054/14.04....., înregistrată la CNSC cu nr. 14388/....., autoritatea contractantă s-a conformat solicitării de mai sus.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă precizează că se află în imposibilitatea de a da curs solicitării ofertantului contestator din următoarele motive:

- fundamentarea tarifului/agent/oră este întocmită în mod legal respectând legislația muncii cu privire la salarizare în raport cu posibilitățile reale ale unității de susținere a cheltuielilor ocazionate de serviciile de pază;

- potrivit răspunsului la notificarea prealabilă, s-a explicat modul de calcul al tarifului orar de 11,80 lei/ora la care s-a ajuns pornind de la salariul minim brut lunar de 1450 lei la care s-au aplicat: spor de noapte potrivit art. 125 din Codul muncii, zilele de sărbători legale + sâmbete și duminici sau asociat, potrivit art. 142 din Codul muncii cu compensarea prin alocarea de timp liber, contribuțiile privind plățile salariale - contribuții pentru asigurări sociale (15,8%), contribuții pentru asigurări sociale de sănătate (5,20%), contribuții fond șomaj (0,5%), contribuții pentru concedii și indemnizații (0,85%), contribuții asigurări de muncă și boli (0,205%), cheltuieli indirecte și profit (5%-10%).

În ceea ce privește majorarea valorii estimate, autoritatea contractantă precizează faptul că acest lucru nu este posibil la acest moment deoarece valoarea prevăzută în Programul anual al achizițiilor publice pentru anul ..... a fost de 989.684 lei cu TVA (potrivit extras de plan anexat, poziția 27). În urma calculului rezultat de 11,80 lei/oră valoarea anuală care se alocă pentru acest serviciu este de fapt de 1.361.849,33 lei, ceea ce reprezintă o creștere de 27% față de prevederea inițială (în principal datorită creșterii salariului minim pe economie). Totodată, precizează că, valoarea serviciilor contractate cu Casa de Asigurări de Sănătate ..... pentru anul ..... (potrivit actului adițional nr. 18/31.03....., anexat) din care se suportă și cheltuielile ocazionate de ....., este mai mică în raport cu anul precedent.

Autoritatea contractantă susține că, din analiza devizului înaintat de contestator reiese faptul că solicitarea de a acorda indemnizația pentru concediul de odihnă nu are o susținere legală, nefiind o normă imperativă în acest sens. În mod eronat contestatorul invocă faptul că nu s-a luat în calcul art. 144 alin. (1) și (2) din Codul Muncii. Articolul de lege invocat nu se referă la acordarea indemnizației de concediu de odihnă, ci la garantarea acordării acestuia. De altfel, la nivelul instituției, nu se acordă indemnizații ale concediului de odihnă, nefiind nici un temei legal în acest sens.

Cât privește îngrădirea dreptului contestatorului de a participa la procedura de achiziție, autoritatea contractantă consideră că nu-i încalcă nici un drept, atâta timp cât i-au fost comunicate fondurile de care dispune unitatea. În prezent se plătește un tarif orar/agent de 8,40 lei

fără TVA. Estimarea tarifului/agent/oră de 11,80 lei/oră a condus deja la o creștere semnificativă.

Referitor la recalcularea valorii estimate, autoritatea contractantă menționează că, dacă se va dispune acest lucru și se vor identifica fonduri, măsura de remediere este anularea prezentei proceduri, deoarece acest lucru determină depășirea pragului prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. c), din Legea nr. 98/2016.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect „.....”, cod CPV 79713000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 763.008,77-3.052.035,07 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere că obiectul contestației formulate îl constituie modul de determinare a valorii estimate a acordului cadru în speță, pe care contestatorul îl apreciază ca fiind insuficient în raport cu numărul de ore ce urmează a fi prestat dar și obligațiile legale ce decurg atât din legislația privind salariul minim pe economie cât și cea referitoare la legislația muncii, Consiliul le va analiza în cele ce urmează prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în vigoare.

Astfel, potrivit fișei de date a achiziției cantitatea totală de ..... ce urmează a fi prestată este pe o perioadă de minim 8 luni și maxim 32 de luni cu 1 singur operator economic.

De asemenea, la art. IV.4.2 din cadrul aceleiași documentații de atribuire, se menționează că: *„propunerea financiară va fi argumentată în mod obligatoriu de elementele care au stat la baza întocmirii acesteia și va cuprinde prețul ofertat în lei/oră care să cuprindă salariul de încadrare, sporuri, rețineri (CAS, CASS, șomaj, fond accidente, concedii, etc.) precum și valoarea financiară pentru toată perioada contractuală (32 luni)*”.

În cadrul strategiei de contractare nr. 9954/10.03....., autoritate contractantă își stabilește valoarea estimată în mod total eronat, luând în calcul doar:

- valoarea salariului minim brut lunar de 8,735 lei/oră potrivit HG nr. 1/.....
- reținerile lunare angajator în procent de 22,797%
- rezultând un tarif orar de 11,80 lei/oră.

Riscul ca, în cadrul procedurii, să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul anunțului de participare simplificat și documentației de atribuire autoritatea contractantă a omis

sau nu a calculat valoarea estimată prin luarea în considerare a tuturor obligațiilor ce decurg din legislația muncii și fiscală, respectiv: salariul minim garantat în plată, contribuțiile la fondurile speciale datorate de angajat și de angajator, zile de sărbători legale, concediul de odihnă minim legal, sporurile salariale pentru muncă prestată noaptea etc., aparține autorității contractante.

La momentul stabilirii valorii estimate care se determină conform art. 12 din Legea nr. 98/2016, înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de către operatorii economici prin propunerea unor prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate, cu atât mai mult cu cât operatorul economic trebuie să ofere licit pe piață executarea de servicii, potrivit art. 3 lit. jj) din legea antemenționată.

Consiliul apreciază că, la determinarea valorii estimate a contractului în cauză, autoritatea contractantă trebuia să ia în considerare, pe lângă nivelul minim salarial brut, ținând seamă de natura serviciilor solicitate și a celorlalte cheltuieli conexe necesare ducerii la îndeplinire a contractului de achiziție publică de către operatorii economici raportat la necesitatea sa expres detaliată în cadrul caietului de sarcini, cum ar fi spre exemplu:

- cheltuielile rezultate din prevederile Codul Muncii cum ar fi spre exemplificare orele suplimentare, sporul de noapte, sporul de sărbători legale, sporul de repaus săptămânal, etc.;
- contribuțiile privind plățile salariale cum ar fi spre exemplificare: contribuțiile de asigurări sociale, contribuțiile de asigurări sociale de sănătate, contribuții la bugetul asigurărilor de șomaj, contribuțiile la fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale, contribuții de asigurare pentru accidente de muncă și boli profesionale, contribuții pentru concediile și indemnizații de asigurări sociale de sănătate, fondurile speciale pentru persoane cu handicap;
- cheltuielile directe cum ar fi spre exemplificare dotările (mijloacele de transport, asigurarea de răspundere civilă în valoare de 3.000.000 lei, dotare dispecerat, costum, ecuson, tonfă de atac sau apărare, lanternă, pulverizator, mijloc de comunicare, stații portabile pentru emisie-recepție, etc.), costurile de medicina muncii, protecția și securitatea în muncă, costurile de pregătire profesională/instruire a personalului – necesare derulării contractului potrivit cerinței 2.2 lit. b) și c) din caietul de sarcini;
- cheltuielile indirecte;
- profit, etc.

La salariul minim brut pe țară garantat în plată de 1.450 lei începând cu 01.02..... pentru un program complet de lucru de 166 de ore, în medie, pe lună, reprezentând 8,735 lei/ora, se adaugă următoarele sporuri și drepturi reglementate de Codul Muncii:

- spor de noapte în procent de 25% pentru orele lucrate in intervalul 22.00 pm - 06.00am;
- spor de weekend în procent de 1% pentru orele lucrate sâmbătă și duminică;
- spor sărbători legale în procent de 100% pentru orele lucrate în zilele de sărbători legale;
- concediu de odihnă de minim 20 zile/an.

Societatea are obligația sa plătească la buget următoarele contribuții, conform Codului fiscal:
- CAS angajator în procent de 15,80%
- CASS angajator în procent de 5,20%
- șomaj angajator în procent de 0,50%
- fond garantare în procent de 0,25%
- fond concedii medicale în procent de 0,85%
- fond risc și accidente în procent de 0,21% (conform codului CAEN al societății).

Tariful care a stat la baza stabilirii valorii estimate a fost calculat folosind un algoritm electronic postat pe internet pe adresa http://www.calculatorsalariu.ro/?action=calcs2&suma=1450 fără a fi avute în vedere toate cheltuielile legale necesare derulării contractului.

Astfel, așa cum s-a arătat mai sus, autoritatea contractantă în determinarea valorii estimate a contractului ce urmează a fi prestat trebuie să țină cont de toate drepturile și obligațiile ce decurg din prevederile legale în vigoare, astfel încât operatorii economici să nu fie puși în situația de a face oferte de preț care să vicieze rezultatul procedurii prin reduceri de costuri/tarife orare/salarii pe fondul neachitării sau achitării din alte surse terțe a contribuțiilor aferente salariilor sau de a proceda la artificii financiare/matematice/rotunjiri de tarife unitare după bunul plac având la bază simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei sale, va găsi o posibilitate să finalizeze contractul indiferent prin ce mijloace; prin urmare, Consiliul nu poate reține ca întemeiată justificarea autorității contractante din cadrul punctului de vedere *„că în prezent spitalul plătește un tarif orar/agent de 8,40 lei fără TVA*” în condițiile în care așa cum s-a demonstrat mai sus, salariul minim garantat în plată este de 8,735 lei/oră.

Ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul (calculat în baza unor salarii care respectă prevederile legale) nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate urmează a fi verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante.

Astfel, autoritatea contractantă nu poate stabili valoarea estimată pentru un contract care se va implementa în viitor - având la bază

costuri care, în mod cert, nu vor putea fi respectate și care la momentul inițierii procedurii erau, sau trebuia cunoscut de autoritatea contractantă.

Raportat la aceste aspecte, Consiliul va reține faptul că autoritatea contractantă nu a determinat cu maximă rigurozitate valoarea estimată a contractului ce urmează a fi prestat prin raportare pe de-o parte la cerințele documentației de atribuire și nu în ultimul rând la drepturile și obligațiile ce decurg din prevederile Codului Muncii și a salariului minim brut garantat, motiv pentru care se impune admiterea contestației formulate și remedierea valorii estimate.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, urmează să admită contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... și va dispune remedierea procedurii de atribuire prin stabilirea corectă a valorii estimate în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... și va dispune remedierea procedurii de atribuire prin stabilirea corectă a valorii estimate în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.