



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos 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) 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. 1968/C9/1433

Data: 05.11.2019

Prin contestația nr. 940/17.07.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 27630/17.07.2019, depusă de privind procedura proprie, organizată de vederea atribuirii contractului, având ca obiect *Servicii de pază la sediile aparatului propriu ...* cod CPV 79713000-5 *Servicii de pază*, contestatoarea a solicitat admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, reanalizarea și reevaluarea ofertei declarate admisibilă și câștigătoare depusă de asocierea ..., prin raportare la prevederile în vigoare în materia achizițiilor publice și în conformitate cu prevederile legale referitoare la respectarea obligațiilor salariale de plată care sunt în sarcina oricărui angajator și declararea câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea criteriului de atribuire.

Prin adresa nr. 464/24.07.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 29445/29.07.2019, ... a formulat cerere de intervenție în interes propriu, prin care a solicitat admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulate de și continuarea procedurii de atribuire conform comunicării rezultatului procedurii nrt. A_APS 8701/12.07.2019.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Prin Încheierea nr. 1659/C9/1433 din 29.10.2019, dosarul nr. 1433/2019 a fost repus pe rolul Consiliului.

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

Consiliul a fost legal sesizat, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația depusă de ..., care face obiectul dosarului nr. 1433/2019, prin care este criticat rezultatul procedurii de atribuire, pentru lotul IV, solicitându-se cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea critică folosirea subvențiilor de către ofertanta câștigătoare, susținând că aceasta și-a fundamentat prețul ofertat pe subvenții obținute conform Legii nr. 76/2002, însă pentru utilizarea acestor subvenții trebuia verificată valabilitatea convențiilor, personalul aferent, domiciliul personalului, având în vedere prestarea serviciilor în Constanța.

Contestatoarea arată faptul că există suspiciunea că ofertanta nu a inclus în tariful ofertat cheltuielile de transport și cazare și cheltuielile cu delegarea.

În situația în care acele persoane invocate de ofertanta câștigătoare pentru care beneficiază de prevederile Legii nr. 76/2002, nu au domiciliul în Constanța, unde se află dispozitivul de pază care face obiectului lotului contestat, se impunea respectarea dispozițiilor art. 44 din Codul muncii, privind delegarea.

În concluzie, consideră că ofertanta trebuia să includă în cadrul tarifului ofertat și aceste cheltuieli referitoare la delegarea personalului, iar pentru ca un ofertant să poată utiliza aceste convenții în susținerea tarifului ofertat în cadrul unei proceduri, agenții de securitate pentru care s-a obținut subvenția în cauză, în baza Legii nr. 76/2002, trebuie să fie implicați direct în exercitarea contractului pentru lotul respectiv.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 85 din Legea nr. 76/2002.

În punctul său de vedere nr. A_SGF 1229/22.07.2019, asupra contestațiilor formulate de invocat excepția de necompetență a Consiliului în soluționarea contestațiilor, valoarea estimată fiind mai mică decât pragurile prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, aduce la cunoștința Consiliului că, pentru lotul IV, a fost depusă contestație, de către un alt operator economic, la Tribunalul București, Secția a II-a contencios administrativ și fiscal, motiv pentru care solicită declinarea competenței de soluționare către Tribunalul București.

Pe fondul cauzei, se arată că s-au solicitat justificări ale prețurilor, operatorii economici detaliind, în răspunsurile transmise, toate componentele și categoriile de costuri, atât cele aplicabile legislației și salarizării muncii, cât și costurilor care derivă din aplicarea legislației specifice.

Comisia de evaluare a adoptat decizii referitoare la propunerile financiare depuse de către ofertanți în baza:

1. Detaliilor de preț depuse de către ofertanți, detalieri cuprinzând în cadrul prețului toate costurile referitoare la aplicarea legislației muncii și salarizării muncii, precum și a costurilor care derivă din obligațiile asumate prin depunerea ofertei;
2. A calculelor aritmetice transmise de către ofertanți din care a rezultat modul de utilizare a subvențiilor obținute în baza convențiilor semnate cu ANOFM și utilizate la formarea prețurilor oferate;
3. Răspunsul Consiliului nr. 22246/13.06.2019 la solicitarea ANAF nr. A_SGF din 16.05.2019;
4. Deciziile Consiliului nr. 1807/C10/1612, 1670 din 28.06.2019 și 682/C11/582, 599 din 02.05.2019.

În consecință, au fost efectuate verificări detaliate ale modului de stabilire a prețului, inclusiv sub aspectul cuprinderii tuturor costurilor referitoare la prestarea serviciilor în conformitate cu cerințele caietului de sarcini.

Solicită soluționarea cu celeritate a cauzei.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise cu adresa nr. A_SGF 1229/22.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 28288/22.07.2019.

Prin cererea de intervenție nr. 464/24.07.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 29445/29.07.2019, ... a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, susținând că, în mod corect, oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare, având în vedere că nu se precizează în contestație temeiul legal care obligă un angajator să implice agenții de pază pentru care beneficiază de subvenții într-un anumit contract de prestări servicii. Nici legea achizițiilor publice și nici Legea nr. 76/2002 nu obligă ofertanții să aloce personalul pentru care beneficiază de subvenții într-o anumită perioadă. Este invocată decizia Consiliului nr. 1807/C10/1612, 1670 din 28.06.2018.

Având în vedere incidența dispozițiilor art. 4 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, prin Încheierea nr. 1138/C9/1431, 1432, 1433, 1434, 1436 din 31.07.2019, Consiliul a transmis Tribunalului București, Secția a II-a contencios administrativ și fiscal, dosarul nr. 1433/2019 în vederea pronunțării asupra conexării cu dosarul nr. 22197/3/2019.

Cum prin adresa de înaintare înregistrată la Consiliu sub nr. 43178/28.10.2019, Tribunalului București, Secția a II-a contencios administrativ și fiscal, a returnat dosarul nr. 1433/2019, ca urmare a respingerii excepției conexității dosarelor amintite, pronunțată în data de 09.10.2019, Consiliul a dispus repunerea pe rol a dosarului nr. 1433/2019, prin Încheierea nr. 1659/C9/1433 din 29.10.2019.

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

.... a inițiat procedura proprie în vederea atribuirii contractului, având ca obiect *Servicii de pază la sediile aparatului propriu*, cod CPV 79713000-5 Servicii de pază, prin publicarea în SEAP a anunțului de

publicitate nr. ADV10688/27.03.2019. Valoarea estimată a contractului care urmează a se atribui este 2.241.656,64 lei, fără TVA, iar termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost 08.04.2019, ora 17:00.

... a investit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Contestatoarea a constituit cautiunea, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, în sumă de 931,56 lei (lotul IV), fiind depusă recipisa de consemnare nr. 205610535/1 din 24.07.2019, eliberată de CEC Bank SA, Sucursala Vaslui.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, oferta sa fiind declarată câștigătoare prin raportul procedurii de atribuire nr. A_APS 8653/ 11.07.2019, pentru loturile IV, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere a actelor întocmite de organizatoarea procedurii.

Ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își preserve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esență intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală – în interes propriu – ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători, ceea ce este lipsit de interes.

Analizând prioritar excepția lipsei de competență a Consiliului în soluționarea contestației, invocată de autoritatea contractantă, pe motiv că, în competența organului administrativ-jurisdicțional, ar intra doar contestațiile aferente procedurilor cu valoare mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, Consiliul urmează a o respinge, raportat la prevederile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, potrivit art. 12 alin. (1) invocat, *Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2), iar potrivit art. 68 din Legea nr. 98/2016 (1) Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea*

contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât valorile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele: a) licitația deschisă; b) licitația restrânsă; c) negocierea competitivă; d) dialogul competitiv; e) parteneriatul pentru inovare; f) negocierea fără publicare prealabilă; g) concursul de soluții; **h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice;** i) procedura simplificată.

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

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

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

Întrucât în cauză suntem în prezența unei proceduri proprii cu valoare mai mică decât art. 7 alin. (1) lit. d) din lege, procedură prevăzută la art. 68 alin. (1) lit. h) din același act normativ ca procedură de atribuire, Consiliul este competent să soluționeze contestațiile aferente acesteia.

De altfel, pe site-ul Consiliului, a fost publicată Hotărârea de unificare a practicii administrativ-jurisdicționale din 22.05.2019, prin care s-a hotărât că organul administrativ-jurisdicțional are competența de a soluționa contestațiile depuse cu privire la procedura proprie organizată potrivit art. 68 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 în cazul achiziției serviciilor sociale și a altor servicii specifice.

Trecând la soluționarea pe fond a contestației formulate de împotriva deciziei de declarare câștigătoare, pentru lotul IV, a asocierii, Consiliul constată că sunt aduse critici prețului ofertat de asociere, apreciat ca fiind nefundamentat.

Analizând propunerea tehnică prezentată de asociere, Consiliul constată că, pentru lotul IV, ofertanta a propus prestarea serviciilor cu șase agenți de securitate: ..., domiciliat în

În fundamentarea prețului, a fost indicată utilizarea sumei de 400 lei din convenții șomaj. Conform documentelor transmise de autoritatea contractantă cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 44033/31.10.2019, pentru lotul IV, au fost depuse de ofertantă, în susținerea reducerii tarifului ofertat, următoarele convenții încheiate cu; convenția și dispoziția nr. 19513/17.12.2018, pentru ...

În soluționarea contestației, Consiliul are în vedere că, prin decizia nr. 1302/C9/1431, 1432, 1434, 1436 din 02.08.2019, pronunțată urmare soluționării contestațiilor formulate de aceeași contestatoare, ..., în cadrul aceleiași proceduri, însă pentru loturile II, III și VI, s-au reținut, între altele:

«Se poate observa că asocierea SC S...SRL a specificat în propunerea tehnică cei trei agenți de securitate cu care va presta serviciile, respectiv însă reducerea tarifului, prin intermediul convențiilor încheiate cu

agenția de ocupare a forței de muncă, a fost determinată de utilizarea unor sume primite pentru alte persoane, respectiv pentru angajarea a trei șomeri:

După cum a arătat și autoritatea contractantă, în numeroase decizii de speță, Consiliul a reținut că subvențiile fiind primite pentru un anumit agent, în baza Legii nr. 76/2002, sumele obținute nu pot fi utilizate decât pentru contractul în care serviciile sunt prestate de agentul pentru care a fost încheiată convenția, calculul neputându-se efectua asupra sumei globale, astfel cum susține decizii pronunțate de Consiliu și instanțele de judecată:

- decizia nr. 2274/C7/2639 din 22.11.2016, în care s-a reținut: Consiliul are în vedere, că în măsura în care S.C...L. a considerat că poate duce la îndeplinire contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire cu un număr de 22 de persoane, așa cum rezultă din tabelul cu persoanele repartizate în vederea executării contractului, ce face parte integrantă din propunerea tehnică prezentată de acest ofertant, se impunea ca la justificarea propunerii financiare, să fie avute în vedere doar convențiile încheiate în baza prevederilor Legii nr. 76/2002 ce vizau persoanele nominalizate pentru executarea contractului, respectiv cele referitoare la cele 22 de persoane nominalizate inițial în cadrul propunerii tehnice.

Prin urmare, Consiliul constată că, în mod corect, comisia de evaluare nu a luat în considerare convenția referitoare la d..... executarea contractului.

- decizia nr. 2196/C8/2651 din 14.12.2016, în care s-a reținut: De asemenea, dacă ar fi existat o convenție cu agenția pentru ocuparea forței de muncă, din aceasta trebuia să reiasă că tot personalul de executare a contractului pentru care s-a oferat un preț sub cel normal beneficiază de subvenționarea permisă de lege. Așadar, în această ipoteză de lucru, anexa la convenție ce prevede tabelul nominal cu persoanele încadrate în muncă trebuie confruntată cu lista de persoane declarate de ofertantă că vor îndeplini contractul, astfel încât să se verifice dacă datele concordă.

- decizia nr. 1901/C8/1846 din 05.07.2018, în care s-a reținut: Văzând că în derularea contractului supus achiziției, ... va implica un număr de 21 de agenți de securitate pentru care societatea beneficiază de subvenția amintită, Consiliul stabilește că îi revine autorității contractante sarcina de a verifica, prin solicitări de mențiuni exprese ofertantei, că cei 21 de agenți de securitate pentru care s-a invocat subvenția amintită, vor fi implicați, la momentul derulării contractului, exclusiv în prestarea serviciilor ce fac obiectul achiziției prezente. Verificarea se impune cel puțin prin faptul că, potrivit raportului procedurii nr. 2332 din 27.04.2018 (depus ca probă de contestatoare), emis, declarată câștigătoare a procedurii de atribuire servicii de pază și protecție, a invocat subvenția acordată în baza aceleiași Convenții nr. 300 din 01.11.2017 pentru un număr de 32 de salariați.

- decizia nr. 1369/C9/1703 din 09.06.2017, în care s-a reținut: Se constată din cele de mai sus că, deși achizițarea a efectuat anumite verificări asupra tarifului ofertat de acestea nu au fost complete, în sensul că nu au fost stabilite cu exactitate sumele de care beneficiază ca subvenții și pe baza cărora s-a determinat reducerea de 1,67 lei aplicată tarifului orar.

De asemenea, cum s-a arătat mai sus, nu au fost efectuate verificări asupra valabilității convenției nr. 226/01.07.2016, în care sunt nominalizate persoanele pentru care s-au primit sumele aferente conform Legii nr. 76/2002.

- decizia nr. 1943/C9/2376 din 01.08.2017, în care s-a reținut: Oferta având caracter ferm, în prestarea serviciilor, ... care a primit subvenții.

- decizia nr. 2443/C1/2655 din 07.09.2018, în care s-a reținut: Analizând propunerea financiară raportat la înscrisurile depuse pentru justificarea tarifului, solicitată de către entitatea contractantă în cadrul documentației de atribuire și ulterior prin solicitare de clarificări se constată: Din cele 14 convenții invocate în răspunsul la solicitările de clarificări, asocierea

Asocierea ... SRL nu a depus înscrisuri prin care să dovedească disponibilitatea angajaților să presteze serviciile de pază la obiectivele și nici cheltuielile aferente delegării acestora, cheltuieli care ar fi trebuit să se regăsească în calculul tarifului oferat de acesta având în vedere faptul că necesitatea entității contractante pentru care acest operator economic a depus ofertă constă în prestarea serviciilor de pază în zona Bacău; de asemenea se constată că, în cadrul calculului tarifului nu se regăsesc nici costurile suplimentare aferente cheltuielilor de deplasare, cazare, diurnă etc., angajații implicați în derularea contractului conform convențiilor depuse având domiciliile în jud. Ilfov.

- ținând seamă de dispozițiile art. 44 din Codul Muncii care prevede că „Delegarea poate fi dispusă pentru o perioadă de cel mult 60 de zile calendaristice în 12 luni și se poate prelungi pentru perioade succesive de maximum 60 de zile calendaristice, numai cu acordul salariatului. Refuzul salariatului de prelungire a delegării nu poate constitui motiv pentru sancționarea disciplinară a acestuia. Salariatul delegat are dreptul la plata cheltuielilor de transport și cazare, precum și la o indemnizație de delegare, în condițiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil”, Asocierea SC mai mult, necesitatea entității contractante de a încheia un contract pe 36 luni, ar implica costuri suplimentare potrivit prevederilor legale antementionate, cheltuieli care nu se regăsesc în cadrul fundamentării tarifului; Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, în verificarea justificărilor transmise de Asocierea membrii comisiei de evaluare ar fi trebuit să țină cont de faptul că, potrivit prevederilor Legii nr. 76/2002 convențiile se încheie la sediul social al angajatorului și nu la domiciliul fiecărui angajat în parte, potrivit prevederilor art. 5 pct. IV¹ din Legea nr. 76/2002 „șomer înregistrat - persoana care îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute la pct. IV și se înregistrează la agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își are domiciliul sau, după caz, reședința ori la alt furnizor de servicii de ocupare, care funcționează în condițiile prevăzute de lege, în vederea obținerii unui loc de muncă” iar potrivit prevederilor art. 34 alin. (1) lit. d), alin. (3) lit. a) din același act normativ una din condițiile de a beneficia de șomaj este să fie „înregistrați la agențiile pentru ocuparea forței de muncă în a căror rază teritorială își au domiciliul sau, după caz, reședința, dacă au avut ultimul loc de muncă ori au realizat venituri în acea localitate” și de faptul că potrivit prevederilor art. 85 din același act normativ suma primită este pentru „o perioadă de 12 luni, pentru fiecare persoană angajată din aceste categorii, (...), cu obligația menținerii raporturilor de muncă sau de serviciu cel puțin 18 luni” în condițiile în care perioada contractului de achiziției publice pe care dorește să îl încheie entitatea contractantă este de 36 luni.

Consiliul nu va reține justificarea Asocierii SC în vedere și faptul că ofertantul nu poate uza de aceste convenții pe care le-a încheiat cu Agențiile pentru Ocuparea Forțelor de Muncă în toate procedurile de atribuire la care participă în justificarea tarifului oferat, având în vedere faptul că societatea comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un singur ajutor, valoare care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează respectivul salariat munca. Mai mult, în raport de data încheierii convențiilor anexate, majoritatea acestor salariați sunt probabil angajați în cadrul altor obiective de pază al cărui tarif a fost calculat la fel de scăzut în baza respectivelor convenții. Trebuie subliniat faptul că operatorii economici având încheiate aceste convenții prin care statul oferă anumite facilități fiscale nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare pentru toate contractele care urmează a fi încheiate de operatori, având în vedere faptul că acestea se acordă pentru o

anumită/anumite persoane care vor presta munca și care nu poate/ pot să încalce prevederile Codului Muncii.

Mai mult, Consiliu apreciază că natura permanentă a serviciilor solicitate de entitatea contractantă impunea luarea în considerare de către ofertanți în stabilirea tarifelor, a tuturor cheltuielilor necesare ducerii la îndeplinire a contractului de achiziție publică, cum ar fi cele menționate anterior în prezenta motivare.

- decizia nr. 805/C2/779/797 din 23.05.2019, menținută de Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal (dosar nr. 813/54/2019, hotărâre nr. 1624/2019 din 01.07.2019), în care s-a reținut: Or, în situația dată, lămurirea cu cei doi ofertanți asupra prețului ofertat era și este necesară, autoritatea nefiind îndrituită să deducă elemente esențiale ale propunerii financiare pe baza unor informații insuficiente sau inexistente în propunerile aflate în discuție. Fiind în prezența convențiilor încheiate cu agenția pentru ocuparea forței de muncă, din acestea trebuie să reiasă că tot personalul de executare a contractului pentru care s-a ofertat un preț sub cel normal beneficiază de subvenționarea permisă de lege. Este știut faptul că ofertanții nu pot uza de convențiile pe care le-au încheiat cu Agențiile pentru Ocuparea Forței de Muncă în toate procedurile la care participă, având în vedere faptul că societatea comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un singur ajutor, valoare care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează respectivul salariat munca. Chiar dacă legea nu prevede în mod expres că suma respectivă nu poate fi folosită decât în contractele în care sunt folosiți respectivii angajați, o astfel de interpretare se impune pentru a exclude invocarea acestora în mai multe proceduri de achiziție, permițând prin aceasta ofertantului să justifice prețul pe criterii artificiale.

Concluzionând, Consiliul reține că, în exercitarea atribuțiilor conferite de legiutor, membrii comisiei de evaluare sunt ținuti să efectueze o analiză riguroasă a ofertelor primite în cadrul procedurii, modul de desfășurare al procesului de analiză fiind necesar să rezulte în mod clar din documentele întocmite de aceștia, nu doar la nivel formal, așa cum se observă din actele depuse de autoritatea contractantă în susținerea deciziilor sale.

Tribunalul Uniunii Europene s-a pronunțat cu privire la obligația de motivare care îi revine autorității contractante atunci când, în cadrul etapei de evaluare a ofertelor, a avut îndoieli în ceea ce privește caracterul anormal de mic al unei oferte depuse și a considerat, după ascultarea ofertantului în discuție și efectuarea unei analize mai aprofundate, fie că această ofertă nu era anormal de mică (a se vedea

Hotărârea din 15 octombrie 2013, ..., T- 638/11, nepublicată, EU:T:2013: 530,

punctele 64 și 65), fie că era anormal de mică [Hotărârea din 5 noiembrie 2014,

Computer Resources International (Luxembourg)/ Comisia, T- 422/11,

EU:T:2014:927, punctele 39 și 40]. În special, s- a considerat că, pentru a furniza o

motivare suficientă pentru faptul că oferta selectată nu era anormal de mică, autoritatea contractantă trebuia să expună raționamentul în temeiul căruia, pe de o

parte, concluzionase că, datorită caracteristicilor sale, în principal financiare, o asemenea ofertă respecta printre altele legislația țării în care serviciile trebuiau să fie prestate, în materia remunerării personalului, a contribuției la sistemul de securitate socială și a respectării normelor de securitate și de sănătate la locul de muncă, și, pe de altă parte, verificase că prețul propus includea toate costurile pe care le presupuneau aspectele tehnice ale ofertei selectate (Hotărârea din 15 octombrie 2013, ... și alții/EMA,

T- 638/11, nepublicată, EU:T:2013:530, punctul 68).

În hotărârea nr. 2709/2018 din 06.07.2018, pronunțată în dosarul nr. 1146/54/2018, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în soluționarea plângerii formulate împotriva deciziei Consiliului nr. 1551/C2/1487 din 12.06.2018, a reținut, la pag. 21 din hotărâre, între altele: În acest sens, se reține că membru al asocierii beneficiază de ajutor de stat pentru un număr de 25 de persoane angajate în baza art. 85 din Legea nr. 76/2002, însă nu s-a depus tabelul nominal cu persoanele încadrate ca reprezentând anexa a convențiilor, nefăcându-se dovada că beneficiază de ajutor de stat pentru agenții pe care îl va folosi în cadrul contractului ce se va încheia, ajutor care se acordă în mod individual, ci doar a făcut dovada că beneficiază de ajutor de stat pentru un număr de 25 persoane. Ajutorul obținut de angajator poate fi aplicat pentru contractul de servicii de pază unde prestează salariatul serviciile în cauză (calculul efectuându-se pe agent, și nu asupra sumei globale, astfel cum susține petenta).

În hotărârea nr. 4533/02.11.2017, pronunțată în dosarul nr. 7375/2/2017, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în soluționarea plângerii formulate împotriva deciziei Consiliului nr. 2410/C1/2925,2979/15.09.2017, a reținut, la pag. 10 din hotărâre, între altele: Este adevărat că nicio prevedere legală nu impune, ca atare, ca sumele rezultate din convențiile acordate în condițiile Legii nr. 76/2002 pentru angajarea persoanelor nominalizate la art. 85 alin. (1) din acest act normativ, să fie utilizate pentru susținerea contractelor în care aceștia sunt implicați, precum și că societățile au dreptul de a-și alege propriile strategii financiare. Însă art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 impune în mod neechivoc autorității contractante obligația de a verifica dacă prețul (tariful) ofertat este sau nu neobișnuit de scăzut, în acest scop autoritatea contractantă trebuind să stabilească, printr-o evaluare proprie a tuturor informațiilor și documentelor furnizate de ofertant, dacă, în concret, tariful propus este unul sustenabil/viabil, inclusiv dacă subvențiile de care ofertantul beneficiază/poate beneficia în baza Legii nr. 76/2002 au aptitudinea reală de a susține un tarif scăzut.

În ceea ce privește convențiile încheiate de petentă cu AJOFM Teleorman în temeiul Legii nr. 76/2002, în acord cu CNSC, Curtea apreciază că subvenția obținută justifică doar reducerea tarifului contractului de pază pentru care prestează munca salariatului în considerarea căruia a fost acordată subvenția, doar în această situație putându-se considera că tariful a fost redus în mod real. Simpla afirmație a ofertantului că subvențiile primite pentru angajați implicați în derularea altor contracte nu au fost folosite pentru susținerea respectivelor contracte și că vor fi folosite pentru lotul 3 pentru care petenta a depus oferta, nu poate fi considerată drept dovadă a faptului că subvenția va fi efectiv folosită pentru contractul care se dorește a fi încheiat, iar tariful redus ofertat s-ar putea dovedi imposibil de respectat cu ocazia executării contractului.

În acord cu cele de mai sus, se reține că, în cazul analizat, față de justificarea tarifului pentru serviciile aferente lotului II, transmisă de

SMB SRL, autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta, în temeiul art. 136 alin. (3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, persoanele pentru care s-au primit subvențiile nefiind cele care vor presta serviciile în cadrul contractului, astfel că tariful propus nu poate fi considerat corect fundamentat.

Cele de mai sus rămân valabile și pentru lotul III, ofertanta ... specificând, în propunerea tehnică, prestarea serviciilor cu: ...

De asemenea, pentru lotul VI, s-a specificat, în propunerea tehnică prestarea serviciilor cu:

Așadar, pentru considerentele de mai sus, pentru cele trei loturi II, III și VI, oferta SC trebuia respinsă, tariful ofertat nefiind în mod corect justificat.

Totodată, separat de cele de mai sus, se reține că ofertanții au obligația includerii în ofertă a tuturor costurilor, inclusiv cheltuieli cu cazare, detașare, transport, delegare etc, pentru situațiile în care agenții de pază implicați se regăsesc în situațiile respective, neavând domiciliul în raza necesară prestării serviciilor, cum a susținut contestatoarea, în acest sens pronunțându-se Consiliul și în decizia nr. 2443/C1/2655 din 07.09.2018, mai sus citată, și decizia nr. 407/C2/349 din 18.03.2019, menținută de Curtea de Apel Constanța, Secția Contencios Administrativ și Fiscal, prin hotărârea nr. 108/2019 din 08.05.2019.

În decizia nr. 407/C2/349 din 18.03.2019, Consiliul a reținut, între altele: Din economia criticilor cuprinse în contestație, Consiliul observă că autorul acesteia reclamă noul rezultat al procedurii apreciind nelegală reevaluarea efectuată de autoritatea contractantă, în considerarea celor stabilite prin Hotărârea nr. 5/2019 din data de 15 ianuarie 2019, emisă de Curtea de Apel Constanța. În acest sens, sunt reținute, ca relevante în soluționare, cele consemnate de instanță în decizia menționată mai sus, respectiv:

„(...) Pe de altă parte, instanța a constatat ca fiind întemeiată și susținerea din plângerea introdusă de ... în sensul că autoritatea contractantă și consiliul aveau obligația de a solicita asocierii justificarea cheltuielilor cu transportul, cazarea și indemnizația de **detașare** pentru toate persoanele detașate.

Astfel, în cuprinsul documentelor aflate în dosarul de achiziție, instanța a reținut că în vederea justificării prețului de 11.40 lei/agent/oră, asocierea ... SRL - ... SRL a depus convenții încheiate cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Județului Vaslui, în baza cărora ... s-a angajat să încadreze în muncă un număr total de 70 de șomeri în vârstă de peste 45 de ani, înregistrați în evidența agenției. Conform art. 5 pct. IV¹ din Legea 76/2002 prin șomer înregistrat se înțelege persoana care îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute la pct. IV și se înregistrează la agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își are domiciliul sau, după caz, reședința ori la alt furnizor de servicii de ocupare, care funcționează în condițiile prevăzute de lege, în vederea obținerii unui loc de muncă. Din coroborarea dispozițiilor legale cu prevederile convențiilor încheiate ..., reiese faptul că aceste subvenții au fost acordate către SC ..RL ca urmare a angajării unor șomeri înregistrați în evidențele AJOFM Vaslui. Cum în aceste evidențe se înregistrează șomerii care au domiciliul sau reședința în județul Vaslui, instanța a constatat pe baza unei prezumții simple că toate persoanele angajate au domiciliul în județul Vaslui. Acest aspect nu a fost combătut nici de către asociere și nici de către autoritatea contractantă, iar din

actele aflate în dosarul de achiziție nu reiese o altă situație de fapt, dat fiind că nu sunt depuse contractele de muncă, ci doar tabele cu numele angajatului și numărul contractului.

A mai reținut instanța că prin deciziile anterioare s-a stabilit necesitatea existenței unei identități între persoanele pentru care a fost acordată subvenția și cele care urmează să presteze activitatea în cadrul contractului de achiziție, ceea ce implică faptul că agenții angajați în vederea executării contractului de achiziție, au domiciliul în județul Vaslui.

Din acest punct de vedere, nu prezintă relevanță la acest moment susținerea comună a autorității contractante și a consiliului în sensul că asocierea are un punct de lucru în Municipiul Tulcea, cât timp nu s-au solicitat clarificări asocierii în ceea ce privește prețul ofertat și în raport de acest aspect, al situării domiciliului angajaților în județul Vaslui și a locului de prestare al activității în județul Tulcea. Se constată astfel că în mod eronat Consiliul a preluat susținerea autorității contractante referitoare la existența punctului de lucru, pentru că prin acest motiv nu se fac referiri la localizarea sediilor asocierii și autorității, cum greșit s-a reținut, ci la localizarea domiciliilor agenților în alt județ decât cel în care urmează a fi desfășurată activitatea.

În această situație, instanța a constatat că sunt întemeiate susținerile reclamantei în sensul că, dat fiind că domiciliul a cel puțin 70 din agenții de pază este situat în județul Vaslui, iar contractul urmează a se derula în județul Tulcea, era necesară respectarea disp. Art. 44 alin 2 din codul muncii. Conform acestor dispoziții legale „...Salariatul delegat are dreptul la plata cheltuielilor de transport și cazare, precum și la o indemnizație de delegare, în condițiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil”.

Din analiza considerentelor deciziei atacată prin prezenta plângere se constată că în legătură cu această critică formulată de contestatoare și care vizează prețul oferit de asociere, Consiliul nu a formulat niciun punct de vedere. În mod eronat, Consiliul a reținut că reclamanta a invocat inexistența acordului salariaților pentru delegare, cât timp referirea la disp. art. 44 alin. 2 din codul muncii viza plata cheltuielilor de transport și cazare, precum și a unei indemnizații de delegare. Cu alte cuvinte, reclamanta contestatoare nu a invocat lipsa acordului pentru delegare, ci a criticat prețul oferit de către asociere în condițiile în care nu au fost luate în calcul costurile pe care le implică delegarea. În aceste condiții, în aceeași măsură ca și autoritatea contractantă, Consiliul nu a analizat criticile legate de caracterul nereal al prețului ofertat, ca urmare a necesității acoperirii și acestor cheltuieli legate de delegare. (...)”

Așadar, se constată că, în procesul de reevaluare a ofertei asocierii autoritatea contractantă era ținută să solicite justificarea cheltuielilor cu transportul, cazarea și indemnizația de detașare pentru toate persoanele detașate, în condițiile în care domiciliul a cel puțin 70 din agenții de pază este situat în județul Vaslui, iar contractul urmează a se derula în județul Tulcea. »

Se poate constata din cele de mai sus că societatea contestatoare a utilizat aceleași convenții și pentru reducerea tarifelor în cadrul procedurii pentru celelalte loturi, însă, prin decizie Consiliul a decis că respectivele convenții nu puteau fi luate în considerare, fiind încheiate pentru alte persoane decât pentru cele care vor presta serviciile. Decizia Consiliului a fost menținută de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, în cadrul dosarului nr. 4781/2/2019 (Hotărârea nr. 851/2019 23.10.2019).

Pentru lotul IV, însă, convențiile invocate pentru reducerea tarifelor privesc, printre alții, pe:

Având în vedere valoarea de 400 lei utilizată pentru reducerea tarifului, convențiile fiind valabile până în lunile octombrie și decembrie 2019, autoritatea contractantă le putea lua în considerare.

Pe de altă parte, trebuie observat că agenții nominalizați în cadrul propunerii tehnice pentru lotul IV, au domiciliul în județul Tulcea și, respectiv, Vrancea, astfel că trebuiau verificate aspectele legate de includerea în tariful ofertat a cheltuielilor cu transport, cazare, delegare/ detașare, pentru a se putea stabili corectitudinea tarifului ofertat, fiind necesară dispunerea reevaluării ofertei asocierii

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite contestația ... va anula raportul procedurii de atribuire nr. A_APS 8653/11.07.2019, în partea ce privește lotul IV, procesele-verbale anterioare acestuia, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii ... și comunicările privind rezultatul procedurii, pentru lotul amintit. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii ... în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii pentru lotul amintit va fi comunicat ofertanților în termenul legal.

Fiind admisă contestația, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația ... în contradictoriu cu ... anulează raportul procedurii de atribuire nr. A_APS 8653/ 11.07.2019, în partea ce privește lotul IV, procesele-verbale anterioare acestuia, în partea ce privește evaluarea ofertei ..., și comunicările privind rezultatul procedurii, pentru lotul amintit. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii depuse pentru lotul IV, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii pentru lotul amintit va fi comunicat ofertanților în termenul legal.

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ... și o respinge.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

....