

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 61/12.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 2172/13.01.2023, formulată de către ..., cu sediul în ..., și cu adresa de corespondență în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la clarificări nr. BV18/4/55/11.01.2023 postat în SEAP la data de 12.01.2023, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „*Servicii de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor în Depoul ... - ...*”, se solicită admiterea contestației, adoptarea unor măsuri de remediere în sensul anulării răspunsului la clarificări nr. BV18/4/55/11.01.2023 postat în SEAP la data de 12.01.2023, fundamentarea tarifelor în baza legislației în vigoare la data depunerii ofertelor, conform H.G. nr. 1447/2022 intrată în vigoare începând cu 01.01.2023, în subsidiar anularea procedurii de atribuire pentru încălcări grave ale prevederilor legale în materia achizițiilor publice, precum și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică modalitatea prin care entitatea contractantă a întocmit documentația de atribuire și a răspuns la solicitările de clarificări.

Contestatorul evocă temeiul de drept procesual: art. 6-20 din Legea nr. 101/2016 și temeiul de drept material: art. 2, art. 164 și art. 172-186 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și H.G. nr. 1447/2022.

Contestatorul arată că entitatea contractantă a publicat în SEAP invitația de participare cu nr. CN1050298/13.12.2022 și documentația de atribuire atașată invitației.

La data de 12.01.2023, entitatea contractantă publică în SEAP răspunsul consolidat la solicitarea de clarificare cu nr. BV18/4/55/11.01.2023, prin care comunică tuturor potențialilor ofertanți că *„oferta de preț și justificarea acesteia va fi întocmită cu un salariu minim pe economie de 2.550 de lei, deoarece la întocmirea notei estimate s-a ținut cont de salariul minim pe economie la data întocmirii acesteia, respectiv 2.550 lei”*. Prin acest răspuns la clarificare, entitatea contractantă încalcă, în mod evident, prevederile H.G. nr. 1447/2022 intrată în vigoare începând cu data de 1 ianuarie 2023, iar data de depunere a ofertelor fiind 16.01.2023.

La data depunerii ofertelor, H.G. nr. 1071/2022 este deja abrogată, fiind înlocuită de H.G. nr. 1447/2022, prin urmare nu se poate face fundamentarea prețului în baza unui act normativ abrogat.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, adoptarea unor măsuri de remediere în sensul anulării răspunsului la clarificări nr. BV18/4/55/11.01.2023 postat în SEAP la data de 12.01.2023, fundamentarea tarifelor în baza legislației în vigoare la data depunerii ofertelor, conform H.G. nr. 1447/2022 intrată în vigoare începând cu 01.01.2023, în subsidiar anularea procedurii de atribuire pentru încălcări grave ale prevederilor legale în materia achizițiilor publice, precum și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Prin adresa nr. BV1.10/52/26.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 4112/26.01.2023, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația ..., prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată, având în vedere următoarele considerente:

- procedura de atribuire care face obiectul contestației a fost inițiată la data de 13.12.2022, conform anunțului de participare nr. ... din 13.12.2023 și fișei de date nr. DF1166849 din 12.12.2022 și nu în data de 16.01.2023, aceasta reprezentând data limită de depunere a ofertelor;

- legislația aplicabilă la data inițierii procedurii a fost menționată atât în Nota privind valoarea estimată nr. BV17/10/2022, cât și în Strategia de contractare nr. BV1.10/BV1.10/911/09.12.2022 aprobate de conducerea societății și a fost precizată în Anexa la formularul de propunere financiară atașat la secțiunea FORMULARE a documentației de atribuire, unde la stabilirea tarifului unitar, s-a specificat:

Date de referință:

Salariul minim în plată în anul 2022 = 2.550,00 lei (15,239 lei/oră);

Durata medie lunară muncă în anul - 2022 (H.G. nr. 1071/04.10.2021) = 167,333;

Conform art. 2 din H.G. nr. 144/2022 „Hotărârea Guvernului nr. 1.071/2021 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 950 din 5 octombrie 2021, se abrogă la data de 01.01.2023”, S.R.T.F.C. Brașov respectând astfel legislația în vigoare privind stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată la data inițierii procedurii de atribuire.

Referitor la solicitarea de clarificări din data de 10.01.2023, în care potențialul ofertant a solicitat clarificări referitoare la modul în care acesta urma să fundamenteze tariful unitar ținând cont de faptul că salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată la data de 01.01.2023 este de 3.000 lei, răspunsul ... a făcut referire strict la H.G. nr. 1.071/2021 în vigoare de la data inițierii documentației de atribuire, fără a face alte precizări, deoarece a avut în vedere faptul că modificarea valorii contractului ce urmează a fi încheiat la finalizarea procedurii de atribuire a fost prevăzută în mod concret în Capitolului 5, articolul 5.2 al Modelului de contract atașat documentației de atribuire, unde este specificat că *„Actualizarea prețului contractului se va face numai în urma apariției unor modificări legislative privind salariul minim brut pe țară garantat în plată, și în urma cererii scrise a contractantului”*, de care operatorul economic trebuie să țină cont la elaborarea ofertei prin completarea Formularul 3 din secțiunea Formulare /Documente de înscriere reprezentând Declarația de acceptare a condițiilor contractuale ale prestatorului, parte integrantă a ofertei, conform Secțiunii IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei a fișei de date DF1166849/12.12.2022, unde ..., în calitate de entitate contractantă, a precizat că *„Oferta va cuprinde 4 fișiere din care Fișierul 1 va conține documentele de înscriere ale căror modele sunt atașate la secțiunea FORMULARE”*.

Autoritatea contractantă face precizarea că la elaborarea documentației de atribuire s-a ținut cont de prevederile Instrucțiunii Agenției Naționale pentru Achiziții Publice - ANAP nr. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru în vigoare de la 19 ianuarie 2021 (Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 56 din 19 ianuarie 2021. Formă aplicabilă la 26 aprilie 2021), conform căreia: *„Art. 8. - (1) O modificare va fi considerată nesubstanțială în conformitate cu prevederile art. 158 alin. (4) din anexa la H.G. nr. 394/2016 în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, urmând ca prețul contractului să fie ajustat, chiar dacă în contract/acordul-cadru nu există clauze de revizuire în acest sens. În acest sens, autoritatea/entitatea contractantă va verifica cel puțin următoarele: 2) Creșterea salariului de bază minim brut pe țară,*

garantat în plată sau, după caz, a salariului de bază minim brut pentru un anumit domeniu de activitate economică aplicabil (denumit în continuare salariul minim) este un caz particular al prevederilor alin. (1) (a se vedea exemplul din anexa nr. 3 la prezenta instrucțiune)", astfel încât în Anexa la formularul de propunere financiară atașat documentației de atribuire, s-a solicitat detalierea tuturor elementelor componente ale cheltuielilor cu munca vie, precum și dovada acordării acestora salariaților, pentru ca prestatorul să poată justifica în mod concret mărirea valorii contractului în cazul modificării legislației.

Resursele financiare necesare pentru achiziția „Servicii de pază și ordine la Depoul ...” cu respectarea legislației în vigoare sunt prevăzute și în Anexa 1 - Proiectul Programului Anual de Achiziții produse/servicii/lucrări sectoriale pentru anul 2023, centralizare pe coduri CPV nr. DA3/2368 din 12.12.2022 la poziția 5127, cod unic de identificare A1 - R0110S4545-2023-5127 Cod CPV: 79713000-5 Pază obiectiv (Rev.2), unde, la stabilirea valorii estimate, s-a ținut cont de modificarea legislației privind salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Urmare celor prezentate, ..., în calitate de entitate contractantă, solicită C.N.S.C., în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2006, respingerea contestației ... ca fiind nefondată și menținerea documentației de atribuire și a documentelor care au stat la baza elaborării acesteia în vederea derulării procedurii de atribuire a contractului sectorial „*Servicii de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor din Depoul ...*”.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „*Servicii de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor în Depoul ... - ...*”, cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev.2), prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de servicii, este de 543.207,60 lei fără TVA.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare nr. 208786969/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Gara de Nord la data de 16.01.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 10.900,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 103/2023.

Astfel, Consiliul constată că ... a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzute la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin Încheierea nr. 132/C7/103/18.01.2023, Consiliu a respins, ca rămas fără obiect, capătul de cerere formulat de către ... privind suspendarea procedurii de atribuire.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea în care entitatea contractantă ... a întocmit documentația de atribuire și a formulat răspunsul la solicitarea de clarificări nr. BV18/4/55/11.01.2023, postată în SEAP în data de 12.01.2023, în referire la legislația în vigoare la data depunerii ofertelor, conform HG nr. 1447/2022, intrată în vigoare la 01.01.2023.

Relativ la cele consemnate anterior, prin raportare la prevederile legale incidente în cauză – art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, la actele administrative contestate de către ..., și anume *documentația de atribuire și răspunsul la solicitarea de clarificări nr. BV18/4/55/11.01.2023*, postat în SEAP în data de 12.01.2023 - Consiliul constată *tardivitatea* criticilor aduse vizavi de documentația de atribuire, ultima zi a termenului de contestare a acestui act fiind 20.12.2022.

Într-o atare situație, luând în considerare cele consemnate anterior, Consiliul constată că poate fi analizat fondul cauzei în referire la criticile aduse de contestator în ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări nr. BV18/4/55/11.01.2023, postată în SEAP în data de 12.01.2023, legată de legislația în vigoare la data depunerii ofertelor, conform HG nr. 1447/2022, intrată în vigoare la 01.01.2023.

Verificând aspectul analizat, Consiliul reține că, prin răspunsul la clarificarea publicată în SEAP în data de 12.01.2023, care a conținut întrebarea „*Având în vedere că de la 01.01.2023 s-a mărit salariul minim pe economie, în valoare de 3000 de lei, vă rugăm să ne precizați dacă justificarea de preț va fi întocmit cu actualul salariu minim pe economie, în valoare de 2550 de lei*”, entitatea contractantă a răspuns după cum urmează: „*oferta de preț și justificarea acesteia va fi întocmită cu un salariu minim pe economie de 2.550 de lei, deoarece la întocmirea notei estimate s-a ținut cont de salariul minim pe economie la data întocmirii acesteia, respectiv 2.550 lei*”, contestatorul apreciind că, prin acest răspuns la clarificare, entitatea contractantă încalcă, în mod evident, prevederile H.G. nr. 1447/2022, intrată în vigoare începând cu data de 1 ianuarie 2023, iar data de depunere a ofertelor fiind 16.01.2023.

Relativ la argumentele aduse de către ..., Consiliul stabilește temeinicia susținerilor contestatorului, motiv pentru care admite criticile și dispune anularea răspunsului consolidat nr. BV18/4/55/11.01.2023 și obligarea ... să transmită un nou răspuns la solicitarea de clarificări din data de 10.01.2023, cu respectarea prevederilor legale, pentru considerentele ce vor fi expuse în motivare.

În susținerea soluției pronunțată, Consiliul are în vedere mențiunile din documentația de atribuire „*IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare*” conform cărora „*Propunerea financiară se va prezenta conform formularului de ofertă, din secțiunea Formulare*.”

- Fișierul care conține propunerea financiară, completată conform prevederilor cap. IV.4.2) din Fișa de date a achiziției, care va fi încărcat în SEAP va fi marcat ca "Formular de oferta financiara".

- VALOAREA TOTALĂ a propunerii financiare se va cripta în SEAP, conform prevederilor art. 67 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016.(...)", cele de la cap. IV.4.3 „Modul de prezentare al ofertei” care prevăd că „Oferta va cuprinde 4 fișiere separate:

- Fișier 1 - documentele de înscriere (modele atașate la secțiunea FORMULARE);(...)
- Fișier 4 - propunerea financiară (model atașat la secțiunea FORMULARE);”.

Într-adevăr, este pertinentă susținerea achizitoarei, exprimată în cadrul adresei nr. BV1.10/52/26.01.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 4112/26.01.2023, conform căreia la Capitolul 5, articolul 5.2 al „Modelului de contract” atașat documentației de atribuire, este specificat că „Actualizarea prețului contractului se va face numai în urma apariției unor modificări legislative privind salariul minim brut pe țară garantat în plată, și în urma cererii scrise a contractantului”, de care operatorul economic trebuie să țină cont la elaborarea ofertei prin completarea Formularul 3 din secțiunea Formulare/Documente de înscriere reprezentând „Declarația de acceptare a condițiilor contractuale ale prestatorului”, parte integrantă a ofertei, conform Secțiunii IV.4.3 „Modul de prezentare a ofertei” a fișei de date a achiziției DF1166849/12.12.2022, unde ..., în calitate de entitate contractantă, a precizat că „Oferta va cuprinde 4 fișiere din care Fișierul 1 va conține documentele de înscriere ale căror modele sunt atașate la secțiunea FORMULARE”.

Însă, în speță, chestiunea ce privește modalitatea de elaborare a ofertelor prin raportare la salariul minim brut pe țară, valabil la data depunerii ofertelor, este distinctă de chestiunea ce privește posibilitatea de ajustare a prețului, ca urmare a apariției unor modificări legislative privind salariul minim brut pe țară garantat în plată.

Astfel, Consiliul are în vedere faptul că legislația aplicabilă la data inițierii procedurii de atribuire în cauză a fost menționată de către achizitoare atât în *Nota privind valoarea estimată* nr. BV17/10/2022, cât și în *Strategia de contractare* nr. BV1.10/BV1.10/911/09.12.2022, fiind precizată și în Anexa la formularul de propunere financiară atașat la secțiunea FORMULARE a documentației de atribuire, unde la stabilirea tarifului unitar s-a specificat: „Date de referință: Salariul minim în plată în anul 2022 = 2.550,00 lei (15,239 lei/oră); Durata medie lunară muncă în anul - 2022 (H.G. nr. 1071/04.10.2021) = 167,333; Conform art. 2 din H.G. nr. 144/2022 „Hotărârea Guvernului nr. 1.071/2021 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 950 din 5 octombrie 2021, se abrogă la data de 01.01.2023”.

Din cele redate anterior, Consiliul constată că însăși achizitoarea a avut în vedere faptul că Hotărârea Guvernului nr. 1.071/2021, pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată,

publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 950 din 5 octombrie 2021, se abrogă la data de 01.01.2023, astfel încât la momentul primirii solicitării de clarificări -10.01.2023 - ce a vizat modificarea legislativă intervenită prin H.G. nr. 1447/2022, intrată în vigoare începând cu data de 1 ianuarie 2023, aceasta era obligată să respecte actul normativ în vigoare și să răspundă că în fundamentarea tarifului unitar, ofertanții urmau să ținând seama de faptul că salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată la data de 01.01.2023, este de 3.000 lei.

De altfel, Consiliul are în vedere mențiunea achizitoarei ... conform căreia „Resursele financiare necesare pentru achiziția „Servicii de pază și ordine la Depoul ...” cu respectarea legislației în vigoare sunt prevăzute și în Anexa 1 - Proiectul Programului Anual de Achiziții produse/servicii/lucrări sectoriale pentru anul 2023, centralizare pe coduri CPV nr. DA3/2368 din 12.12.2022 la poziția 5127, cod unic de identificare A1 - R0110S4545-2023-5127 Cod CPV: 79713000-5 Pază obiectiv (Rev.2), unde, la stabilirea valorii estimate, s-a ținut cont de modificarea legislației privind salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată.”

Prezintă relevanță în cauză inclusiv prevederea incidentă din Codul muncii din 2003, care la art. 164 prevede că „(1) Salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, corespunzător programului normal de muncă, se stabilește prin hotărâre a Guvernului, după consultarea sindicatelor și a patronatelor. În cazul în care programul normal de muncă este, potrivit legii, mai mic de 8 ore zilnic, salariul de bază minim brut orar se calculează prin raportarea salariului de bază minim brut pe țară la numărul mediu de ore lunar potrivit programului legal de lucru aprobat.”

Într-o atare situație, Consiliul constată că răspunsul consolidat nr. BV18/4/55/11.01.2023, furnizat de entitate și postat în SICAP la data de 12.01.2023 contravine dispoziției legale aplicabilă de la data de 1 ianuarie 2023, ce se regăsește stipulată în H.G. nr. 1447/2022, pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, care prevede că „Art. 1. - Începând cu data de 1 ianuarie 2023, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, prevăzut la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de 3.000 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 165,333 ore pe lună, reprezentând 18,145 lei/oră.

Art. 2. - La data prevăzută la art. 1, Hotărârea Guvernului nr. 1.071/2021 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 950 din 5 octombrie 2021, se abrogă”, ... fiind răspunzătoare conform art. 1 alin. (4), care prevede că „Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.”

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările

ulterioare, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ... și anulează răspunsul consolidat nr. BV18/4/55/11.01.2023.

Obligă ... să transmită un nou răspuns la solicitarea de clarificări din data de 10.01.2023, cu respectarea prevederilor legale, pentru considerentele din motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligă ... să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură de atribuire modificările adoptate, prin postarea acestora în SICAP și să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor în acord cu dispozițiile art. 163 din Legea nr. 99/2016.

În condițiile în care s-a dispus remedierea documentației de atribuire, Consiliul respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., și cu adresa de corespondență în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...

Anulează răspunsul consolidat nr. BV18/4/55/11.01.2023.

Obligă ... să transmită un nou răspuns la solicitarea de clarificări din data de 10.01.2023, cu respectarea prevederilor legale, pentru considerentele din motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligă ... să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură de atribuire modificările adoptate, prin postarea acestora în SICAP și să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor în acord cu dispozițiile art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

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