CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. .....
Data: .....

Prin contestația nr. ....., înregistrată la CNSC sub nr. ....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul social în Municipiul ....., b-dul ....., județul ....., având CUI R....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ...., emisă de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ...., în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „..... .....", Cod CPV: ....., s-a solicitat:

- anularea procedurii de evaluare a ofertelor comunicată de autoritatea contractanta prin adresa nr. .....;
- constatarea ofertei depusă de SC ..... SRL ca fiind acceptabilă, iar tariful ofertat de 0,74 iei reprezentând sporul de noapte ca fiind calculat corect;
- reevaluarea ofertelor ținând cont și de oferta depusă de SC ..... SRL.

Prin adresa nr. 543/21.08.20109, înregistrată la Consiliu sub nr. 32679/22.08.2019, SC .....SRL, cu sediul social str. ...., având ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., formulează cerere de intervenție principală în prezenta procedură prin care solicită respingerea contestației înregistrată la Consiliu cu nr. ....., depusă de SC ..... SRL, și menținerea ofertei sale ca fiind admisibilă și câștigătoare, de autoritatea contractantă prin adresa nr. ..... emisă, cu aplicarea articolului art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 modificata prin OUG 45/2018.

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

Contestatorul precizează că prin anunțul publicitar nr. ..... publicat pe SEAP a fost organizată procedura simplificată proprie pentru atribuirea contractului de prestări servicii având ce obiect ....”.

În urma evaluării ofertelor, oferta sa a fost declarată neconformă, întrucât autoritatea contractantă a susținut că oferta financiară depusă conține prețuri ce nu pot fi justificate.

Contestatorul precizează că în oferta financiară a calculat sporul de noapte la tariful de 0,74 lei care s-a adăugat la întreaga propunere financiară pentru o oră post agent de pază.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. 35380/23.07 2019 i-a solicitat clarificări cu privire la sporul de noapte, respectiv să justifice cuantumul sporului de noapte ofertat, respectiv suma de 0,74 lei, având în vedere că tariful corect din punctul de vedere al autorității era de 1,07 lei.

Prin adresa nr. 203/24.07.2019, contestatorul precizează că tariful ofertat de 0,74 lei a fost calculat plecând de la salariu minim pe economie respectiv suma de 2.080,00 lei, calculat la normă întreagă de 167,33 ore pe lună, de unde rezultă că pe oră un agent ar încasa 2080 lei/167,33 ceea ce reprezintă 12.43 lei pe oră.

La această sumă, contestatorul a aplicat procentul de 25%, rezultând suma de 3,107 lei pe oră.

Acest spor de noapte a fost aplicat la 40 de ore lucrate noaptea pe lună, rezultând suma de 124,40 lei/lună.

Prin urmare, împărțind cuantumul rezultat anterior, respectiv suma de 124,40 lei/lună la 167,33 ore/lună, rezultă 0,74 lei, sporul de noapte ofertat.

Contestatorul susține că sporul de 3,107 lei nu se împart doar la 3, ci se ține cont că un agent de pază va presta 5 zile de noapte lunar sau 40 de ore de noapte lunar, deoarece beneficiază de zile libere plus concediu de odihnă.

Prin urmare suma de 0,74 lei/oră reprezentând spor de noapte aplicat la salariu de bază este pe deplin justificată.

Autoritatea contractantă revine cu adresa nr. 37038/31.07.2019, prin care solicită din nou clarificări privind modul de calcul al celor 40 de ore de noapte/lună/agent, în condițiile în care pentru posturile cu ore de noapte, programul este de luni-duminică, 24 de ore pe zi, inclusiv sărbători legale oferindu-i următorul algoritm:

2080 (salariu minim brut) * 25% = 520 lei / 3 = 173,33 /167,33 (ore/lună) = 1,04 lei.

Contestatorul susține că potrivit calculului autorității contractante, un agent de pază nu beneficiază de nici o zi liberă și nici de concediu de odihnă.

Totodată, precizează că dacă s-ar calcula sporul de noapte la 56 de ore de noapte prestate pe lună de un agent de pază ar însemna că acesta nu beneficiază de concediu de odihnă, însă potrivit art. 145 alin. (1) din Codul Muncii, fiecare agent de pază beneficiază de aproximativ 1,7 zile de concediu la o lună.

Contestatorul mai precizează că autoritatea contractantă a calculat greșit numărul orelor de noapte la 22 de zile lucrătoare din lună, datorită faptului că în anul 2019, în lunile rămase, fiecare lună conține 21 de zile lucrătoare cu excepția lunii octombrie care are 23 de zile lucrătoare. Prin urmare, dacă se ține cont de numărul zilelor lucrătoare, precum și de concediile de odihnă, un agent de pază nu prestează în medie mai mult de 40 de ore/noapte/lună, iar tariful său ofertat de 0,74 lei/oră/agent este calculat corect.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ....., contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ....., tranzacția nr. ....., din data de 20.08.2019, emisă de CEC Bank, Sucursala ..... , în valoare de ..... lei pe seama și la dispoziția CNSC, constituită conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018.

Prin adresa nr. 39217/19.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 32043/19.08.2019, autoritatea contractantă trimite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație solicitând respingerea ei ca fiind nelegală și neîntemeiată pentru argumentele expuse mai jos.

Astfel în urma evaluării propunerilor financiare și pe baza informațiilor oferite de contestator autoritatea contractantă a întocmit procesul verbal nr. 11,35357/23.07.2019.

În centralizatorul de ofertă, pentru posturile de noapte, contestatorul a precizat sporul de noapte în suma de 0,74 lei aferent unui tarif orar de 12,43 lei. Invocând art. 126 din Codul Muncii *„salariații de noapte beneficiază de un spor pentru munca prestată în timpul nopții de 25% din salariu de bază dacă timpul astfel lucrat reprezintă cel puțin 3 ore de noapte din timpul normal de lucru”,* autoritatea contractantă susține că dacă la tariful orar mediu de 12,43 lei se aplică sporul de noapte de 25% rezultă 3,107 lei care împărțit la 3 rezultă un spor de noapte de 1,04lei, nicidecum 0,74 lei cuantumul prețului ofertat de contestator.

Prin adresa nr. 35380/23.07.2019, autoritatea contractantă solicită contestatorului justificarea prețului ofertat pentru sporul de noapte.

În urma evaluării răspunsului la solicitare, prin procesul verbal nr. 12(36894/31.07.2019) autoritatea contractantă a concluzionat*: „Comisia de evaluare nu înțelege modul de calcul al celor 40 de ore de noapte/lună/agent, în condițiile în care pentru posturile (cu ore de noapte) de la CPRU Sf. Ana, CS Prichindelul, CP Guliver, CP Orlat și CPCD Tavi Bucur Cisnădie, programul de lucru este de luni –duminică, 24 de ore pe zi, inclusiv sărbători legale, așa cum este precizat în caietul de sarcini. Sporul de noapte se calculează pe 3 schimburi., întrucât orele*

de noapte din 24 de ore, sunt numai de la 22.00 la 06.00, iar agentul de securitate nu prestează non stop munca de noapte. Într-o zi cu 24 de ore, pentru a respecta Codul Mucii se împarte munca în 3 schimburi a câte 8 ore. Astfel, ca munca prestată noaptea se calculează astfel: 12,43 x 25%= 520lei/3= 173,33/167,33 ore/lună=1,04 lei, spor de noapte pe lună".

Prin adresa nr. 37038/31.07.2019, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului să justifice prețul ofertat și să îndrepte erorile constatate precum și să depună centralizatorul financiar cu modificările aferente, cu respectarea prevederilor art. 134 din HG nr. 395/2016 acordându-i acestuia un termen de 2 zile lucrătoare de la primirea solicitărilor de clarificări.

În urma evaluării răspunsului, prin procesul verbal nr. 13, 38059/07.08.2019, autoritatea contractantă a consemnat:

„(...) ofertantul SC SICIGUARD SRL menține sporul de noapte de 0,74 lei precizând că este corect calculat și pe deplin justificat. Dacă am face un calcul potrivit raționamentului prezentat de ofertant sporul de noapte este tot de 1,04 lei și anume:

De exemplu, dacă o lună are 22 de zile lucrătoare rezultă următorul calcul: 22x8 ore de noapte= 176 ore/lună : 24 ore = 7 zile cu ore de noapte x 8 ore = 56 ore de noapte/lună,

Astfel, sporul de noapte 12,43 x 25%= 3,107 lei aplicat la 56 ore noapte/lună=174 lei oră/lunar.

Așadar, comisia de evaluare a constatat că ofertantul, pe lângă faptul că nu a calculat corect sporul de noapte pentru posturile de la CPRU Sf Ana, CS Prichindelul, CP Gulliver, CP Orlat, la postul de la CPCD Tavi Bucur Cisnădie (cu program luni-duminică, 24 ore/zi, inclusive sărbători legale) nu a menționat nici un post de noapte".

Prin urmare autoritatea contractantă a declarat oferta sa inacceptabilă potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) și neconformă potrivit art. 134 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că perioada concediului de odihnă nu este de natură de a influența modul de calcul a valorii sporului de noapte, întrucât în această perioadă salariații nu beneficiază de salariu ci de indemnizație de concediu de odihnă, care se calculează ca medie zilnică a drepturilor salariale din ultimele 3 luni anterioare multiplicat cu nr. de zile concediu, conform dispozițiilor art. 150 alin. (2) din Codul Muncii.

Prin adresa nr. 543/21.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 32396/21.08.2019, SC CICLOPS SECURITY SRL, transmite cerere de intervenție principală prin care solicită respingerea contestației înregistrată la Consiliu cu nr. 31796/14.08.2019, depusa de SC ..... SRL, și menținerea ofertei sale ca fiind admisibilă și câștigătoare, prin adresa nr. 3724/01.08.2018 emisă de autoritatea contractantă, cu aplicarea articolului art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 modificata prin OUG 45/2018.

Intervenientul susține că de la bun început, contestatorul calculează în mod eronat sporul de noapte. Potrivit art. 126 alin. b) din Codul Muncii, angajatorul acordă salariatului său, pentru munca prestată de noapte, un procent de 25% din salariul de bază. Deci procentul se calculează la salariul agentului de securitate și nu la orele prestate.

Acesta precizează că operatorul contestator aplică în mod eronat sporul de noapte la un număr de ore prestate noapte, ori Codul Muncii menționează foarte clar că acest spor se aplica la salariu.

De asemenea în conformitate cu prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, contestatorul avea obligația fundamentării propunerii financiare, prin stricta raportare la numărul de ore precizat de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, întrucât ofertanții trebuie să își elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

În acest sens, așa cum se desprinde din analiza mențiunilor de la secțiunea 2 din caietul de sarcini, pentru perioada contractuală 2019-2020 ce vizează cele 4 posturi cu program permanent de 24 de ore din 24, aferent obiectivelor „.....”, rezultă prin însumarea cantităților de ore specificate de achizitor, un număr total de ore 32.160 de ore.

Aceste 32.160 de ore împărțite la 11 luni de contract (perioada totală 2019-2020), rezultă 2.923,64 ore/lună/4 posturi,

2.923,64 ore/lună : 4 posturi = 730,91 de ore/lună/post,

730,91 de ore/lună/post : 167,333 de ore norma lunii conform HG nr. 937/2018 rezultă un necesar de 4,37 agenți pentru acoperirea integrală și în mod permanent a postului de paza cu program de 24 de ore din 24.

În medie pe lună, sunt 8 h de noapte x 30,5 zile/lună = 244 de ore de noapte/lună

244 de ore de noapte/lună : 4,37 agenți/ post = 55,83 de ore de noapte/lună/om și nu 40 de ore de noapte/lună/agent cum în mod eronat precizează în calculele sale contestatorul.

Prin urmare, pe lună un agent de securitate prestează 55,83 de ore/noapte/lună : 8 ore/noapte/zi = 6,98 de zile/lună

Raportat la calculele contestatorului, 40 de ore noapte/lună/om x 4,37 agenți/lună = 174,80 de ore/lună, rămânând un rest de ore neacoperit de aceasta.

Astfel, 244 ore- 174,80 de ore = 69,20 de ore noapte/luna/agent : 4,37 agenți/post = 15,84 ore noapte/agent.

Intervenientul susține că operatorul contestator nu acoperă întregul program de pază pentru posturile permanente, în sensul că așa cum precizează aceasta, în contestația sa, că un agent prestează doar 40 de ore/lună, îi rămâne de prestat diferența de 15,83 de ore noapte/lună/agent pentru fiecare în parte.

Totodată, intervenientul precizează că operatorul contestator, susținea în mod eronat că un agent de securitate prestează doar 40 de

ore, aferente a 5 zile/luna, întrucât trebuie sa beneficieze de concediu, astfel, că din precizările acesteia se înțelege că în fiecare lună agentul de securitate are zile libere. În acest sens, nicăieri în propunerea sa financiară nu se precizează câți agenți de securitate asigura paza postului pe perioada de libere acordate.

Intervenientul consideră că prezenta contestație, este lipsită de interes și nefondată, întrucât deși se solicită anularea evaluării ofertelor, nu motivează în niciun fel în ce sens și pentru ce motive trebuie reevaluate aceste oferte.

Pentru toate aceste considerente, intervenientul solicită respectuos admiterea cererii de intervenție.

Prin adresa nr. 41118/30.08.2019, autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere exprimat prin adresa nr. 39217/19.08.2019 și totodată achiesează la cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

Prin adresa nr. 213/30.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 33973/30.08.2019, SC ..... SRL transmite punctul de vedere cu privire la cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, prin care solicită respingerea argumentelor aduse de intervenient ca nefondate și admiterea contestației depuse.

Totodată invocând art. 126 lit. b) din Codul muncii, contestatorul susține că sporul de 25% din salariul de bază se aplică doar orelor de noapte, nu la întreg salariu de bază.

Prin urmare nu crește tot salariu de bază cu 25%, ci doar orele lucrate efectiv de noapte.

Contestatorul precizează că în cadrul ofertei sale, sporul de noapte a fost aplicat doar orelor de noapte.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura proprie simplificată, în vederea încheierii contractului, având ca obiect: ....”, Cod CPV: ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de publicitate nr. ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este între ..... Conform anunțului, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În prezenta cauză care formează obiectul dosarului nr. ....., ... a depus cererea de intervenție, înregistrată la CNSC cu nr. ....., care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Luând în considerare dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că, în cadrul procedurii de

atribuire în cauză .....are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată.

Având în vedere că obiectul contestației formulate de SC ..... SRL îl constituie decizia autorității contractante de respingere a ofertei acestuia ca inacceptabilă deoarece clarificările transmise cu privire la justificarea tarifului au fost neconcludente, Consiliul va analiza în cele ce urmează acest aspect prin raportare la prevederile documentației de atribuire și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit caietului de sarcini prestarea serviciilor de pază ce constituie obiectul achiziției trebuie asigurată la un număr de 10 obiective (enumerate la pct. 2 din caietul de sarcini), programul de pază solicitat fiind următorul:

- la 2 locații se asigură 8 ore/zi, între orele 8-16, fără sâmbătă, duminică și sărbători legale;
- la 3 locații se asigură 12 ore/zi, inclusiv sâmbătă, duminică și sărbătorile legale;
- la 5 locații se asigură 24 de ore/zi, inclusiv sâmbătă, duminică și sărbători legale.

De asemenea, la cerințele privind *„Capacitatea tehnică și / sau profesională”,* pct. 5 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a impus ca prestatorul să fie dotat conform art. 42-46 din Legea nr. 333/2003 cu următoarele:

- uniformă de serviciu pentru personal cu însemnele de identificare;
- mijloace de intervenție specifice activității de pază și protecție (baston de cauciuc, spray pentru imobilizare, lanternă, fluier și alte accesorii);
- mijloace de comunicare (stații de emisie – recepție, sau alte echipamente de comunicații),
  iar
- la pct. 11 din același caiet de sarcini, autoritatea contractantă a stipulat: *„Oferta financiară va fi elaborată în mod obligatoriu cu respectarea datelor și condițiilor din caietul de sarcini. Prețurile stabilite de ofertanți sunt ferme, nu pot fi majorate ulterior și vor fi valabile pe toată perioada de derulare a contractului. La calculația tarifului lei/oră de pază se va ține cont și se vor reliefa toate costurile executării în bune condiții ale contractului:*
  - *salariu orar agent pază (minim salariul de bază minim brut pe economie)*
  - *spor pentru muncă de noapte conform Legii nr. 53/2003 (SMN)*
  - *alte sporuri (pentru munca prestată în zilele de sâmbătă și duminică, în timpul zilelor libere legale etc) conform Legii nr. 53/2003 (AS)*

- *valoarea contribuțiilor către bugetul de stat datorate de angajator, în vigoare la data ofertării, detaliate distinct și precizând coeficienții în vigoare utilizați la calculul acestora (VCA)*
- *cheltuieli indirecte necesare a se efectua pentru îndeplinirea contractului (dotarea agenților de pază cu uniforme de serviciu etc., costuri care reies din monitorizarea sistemului antiefracție, intervenții ale echipei mobile etc, alte cheltuieli neprevăzute (CI)*
- *alte adaosuri (AA) (cota profit etc.).*

Ofertanții au obligația de a detalia modul de constituire al tarifelor ofertate. Din fundamentarea prețului trebuie sa reiasă respectarea legislației muncii și a salarizării muncii. Tariful ofertat este ferm și nu se actualizează pe toată perioada de derulare a contractului inclusiv pe perioada de prelungire, dacă se optează în acest sens cu excepția cazului în care au loc modificări legislative. Achizitorul își asumă întreaga răspundere privind respectarea întocmai a legislației în vigoare privind salarizarea personalului".

Din analiza cerințelor mai sus iterate, rezultă faptul că ofertanții au obligația de a include în cadrul propunerilor financiare toate costurile aferente asigurării serviciilor de pază și monitorizare în regim de 24/24 ore/zi, inclusiv sâmbătă și duminică sau sărbătorile legale, sporului de noapte, a personalului specializat dotat cu uniformă proprie și echipament.

Conform prevederilor art. 1 alin. (1) din HG nr. 937/2018: *„Începând cu data de 1 ianuarie 2019, 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* ***2.080 lei lunar****, pentru un program normal de lucru în medie de* ***167,33 ore pe lună****, reprezentând* ***12,43 lei/oră***".

Altfel spus, Consiliul apreciază că, ofertanții aveau obligația de calcula propunerea financiară prin raportare nu doar la salariul minim garantat, ci la toate cerințele din caietul de sarcini și să verifice dacă fundamentarea valorii estimate include cel puțin prevederile legale în vigoare, cum ar fi spre exemplificare: salariul minim pe economie cu taxele și impozitele aferente (conform HG nr. 937/2018), sporurile legale (spor de noapte, spor de weekend, sărbători legale) cheltuielile directe (mijloacele tehnice de apărare și de protecție cu care este dotat, uniforme, spray iritant lacrimogen, baston de cauciuc, lanterna și telefon mobil sau radiotelefon) și indirecte inclusiv fondul de handicap. De asemenea, având în vedere că natura contractului de achiziție publică ce urmează a se încheia este unul oneros, este evident că, la stabilirea valorii estimate trebuie avut în vedere și o cotă de profit.

Or, din analiza centralizatorului aferent propunerii financiare aparținând contestatorului SC ..... SRL (vezi formularul de ofertă nr. 2

pag. 46-47 din dosarul achiziției), Consiliul reține că acesta a menționat pentru posturile cu ore de noapte, un spor de noapte în sumă de 0,74 lei aferent unui tarif orar de 12,43 lei, fapt ce contravine prevederilor art. 126 din Codul Muncii care stipulează în mod expres că: „Salariații de noapte beneficiază de un spor pentru muncă prestată în timpul nopții de 25% din salariul de bază, dacă timpul astfel lucrat reprezintă cel puțin 3 ore de noapte din timpul normal de lucru".

Aplicând dispozițiile legale mai sus iterate, rezultă că, calculul sporului de noapte se face prin aplicarea unui spor de 25% la salariul de bază, pentru un program normal de muncă de 167,33 ore iar pentru a beneficia de acest spor, un salariat trebuie să îndeplinească condițiile art. 125 alin. (2) din Codul Muncii, respectiv:

- salariatul efectuează munca de noapte cel puțin 3 ore din timpul sau zilnic de lucru,
  sau
- salariatul efectuează munca de noapte în proporție de cel puțin 30% din timpul său lunar de lucru.

Mai mult, din analiza aceluiași centralizator, Consiliul constată că SC ..... SRL la postul de la ..... care presupune servicii de pază 24/ore /zi, inclusiv sâmbătă, duminică și sărbători legale, acesta nu a menționat și inclus în oferta financiară nici un spor de noapte.

Prin urmare, în condițiile în care, în cadrul centralizatorului financiar nu s-au avut în vedere toate costurile legale pe care le implică cerințele documentației de atribuire, este evident că, SC ..... SRL pentru a se încadra în suma ofertată de 14,25 lei / oră, fie nu va respecta cerințele caietului de sarcini, fie va vicia rezultatul procedurii prin ofertarea unor prețuri nesustenabile care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate decât în baza unei simple decizii comerciale.

În speță, Consiliul reține că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016: *„(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.*

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat";

- art. 139 din HG nr. 395/2016*: „(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referința în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.*

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă";

- art. 51 din Legea nr. 98/2016*: „Autoritatea contractantă precizează în documentația de atribuire reglementările obligatorii în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele, convențiile și acordurile internaționale în aceste domenii, care trebuie respectate pe parcursul executării contractului de achiziție publică ori să indice instituțiile competente de la care operatorii economici pot obține informații detaliate privind reglementările respective. (2) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă are totodată obligația de a solicita operatorilor economici să indice în cadrul ofertei faptul că la elaborarea acesteia au ținut cont de obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă".*

Solicitarea autorității contractante a fost clară, aceasta cerând SC ..... SRL prin adresa nr.35380/23.07.2019, să justifice prețul ofertat, respectiv modalitatea din care să rezulte cum a determinat stabilirea sumei de 0,74 lei, reprezentând „spor de noapte", ceea ce înseamnă că, acesta ar fi trebuit să clarifice în baza dispozițiilor legale aplicabile sau să conteste solicitarea autorității contractante.

Cu toate acestea, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor. Consiliul constată că, prin justificarea prezentată în cadrul adresei nr. 203/24.07.2019, autoritatea contractantă nu a putut determina sustenabilitatea ofertei în condițiile în care contestatorul SC ..... SRL a furnizat informații/justificări fără fundament economic și legal pentru justificarea sporului de noapte aplicat.

Solicitarea informațiilor referitoare la modul de formare a prețului este dublată de obligația comisiei de verificare a acestora, verificare care are loc pe baza dovezilor prezentate. Această solicitare a autorității

contractante a fost clară, aceasta cerând informații și detalii privind modalitatea de formare a prețului (...) și anume modalitatea din care să rezulte cum a determinat aplicarea sumei de 0,74 lei reprezentând „*spor de noapte*”.

Or, tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă, respectiv de a lămuri anumite elemente ale ofertei financiare, respectiv de a verifica sustenabilitatea acestora, la care ofertanții în cauză au obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii sau presupuse evenimente viitoare și incerte, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele financiare ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus.

Prin urmare, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă în mod corect a procedat anterior finalizării evaluării ofertelor, la verificarea explicațiilor transmise cu privire la justificarea prețului ofertat pentru a stabili cu exactitate veridicitatea și fezabilitatea propunerii financiare depuse, astfel încât să aibă certitudinea că oferta desemnată câștigătoare este una reală și fermă. Numai în urma obținerii și verificării detalierii prețului ofertat, autoritatea contractantă putea stabili realitatea și corectitudinea formării acestuia. Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel nu pot propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate. În încercarea de a oferta un preț cât mai scăzut, operatorii economici nu pot face reduceri de costuri având la bază simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate de a presta serviciul la prețul ofertat. Astfel, în lipsa unor justificări concludente asupra fundamentării tarifelor ofertate, ofertele depuse nu pot fi declarate admisibile doar în baza unor explicații fără fundament economic/legal sau generice cu privire la modul empiric în care aproximează unii ofertanți tariful pentru serviciile de pază ofertate.

Ținând cont de cele de mai sus, autoritatea contractantă avea obligația de a verifica dacă ofertanții care au depus oferte în cadrul acestei proceduri au ținut cont în elaborarea propunerii financiare aferente contractelor de servicii ce fac obiectul prezentei proceduri de toate prevederile legale deoarece trebuie avut în vedere și faptul că tipul/felul contractului de servicii în speță este un contract de servicii cu executare succesivă ceea ce implică executarea prestațiilor/serviciilor

într-o perioadă de timp, de 11 luni și nu este un contract cu executare „*uno ictu*", și nu de a desemna, în mod automat, drept admisibile și câștigătoare ofertele acestora. Prin urmare, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a accepta ofertarea unui tarif 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 depunerii ofertelor erau, sau trebuiau cunoscute de operatorii economici.

Ofertele depuse, reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul (calculat în baza unor deduceri financiare fără suport legal) nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante. Autoritatea contractantă nu poate accepta ofertarea unor tarife 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 depunerii ofertelor erau sau trebuiau cunoscute de operatorii economici.

În cauza T- cauza T 392/15, Tribunalul UE a reținut la pct. 85 și 86 următoarele *„În ceea ce privește această din urmă dispoziție, Tribunalul a statuat că obligația autorității contractante de verificare a caracterului serios al unei oferte rezultă din existența prealabilă a îndoielilor referitoare la fiabilitatea acesteia, obiectivul principal al acestui articol fiind de a nu permite respingerea unui ofertant din cadrul procedurii fără să i se fi acordat posibilitatea să justifice conținutul ofertei sale care ar părea anormal de mică. Prin urmare, numai atunci când există asemenea îndoieli, comitetul de evaluare este obligat să solicite informații pertinente privind compoziția ofertei înainte să o respingă, dacă este cazul. În schimb, în ipoteza în care o ofertă nu pare anormal de mică potrivit articolului 158 alineatul (4) din Regulamentul de punere în aplicare, articolul menționat nu se aplică [a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 iulie 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisia, T 148/04, EU:T:2005:274, punctele 49 și 50, Hotărârea din 11 mai 2010, PC Ware Information Technologies/Comisia, T 121/08, EU:T:2010:183, punctul 72, Hotărârea din 5 noiembrie 2014, Computer Resources International (Luxembourg)/Comisia, T 422/11, EU:T:2014:927, punctul 57, și Hotărârea din 15 septembrie 2016, European Dynamics Luxembourg și Evropaïki Dynamiki/Comisia, T 698/14, nepublicată, EU:T:2016:476, punctul 59). Astfel de îndoieli pot exista printre altele atunci când pare incert, pe de o parte, că o ofertă respectă legislația țării în care serviciile ar trebui să fie prestate, în materie de remunerare a personalului, de contribuție la sistemul de securitate socială, de respectare a normelor de securitate și de sănătate la locul de muncă, de vânzare în pierdere, și, pe de altă parte, că prețul propus include toate costurile pe care le presupun aspectele tehnice ale ofertei (Hotărârea din 8 octombrie 2015, Secolux/Comisia, T 90/14, nepublicată, EU:T:2015:772, punctul 62)".*

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Consiliul reține faptul că, autoritatea contractantă în mod legal a respins ca neconformă oferta contestatorului, deoarece acesta din urmă a încercat justificarea propunerii financiare prin niște artificii de calcul, în vederea diminuării și justificării prețului fără o fundamentare economică concretă și corectă și fără a demonstra aceste aspecte cu niciun mijloc de probă. Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete și actuale de formare a prețului și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final verificarea corectitudinii prețului ofertat, iar 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 în temeiul art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, ca inacceptabilă.

Raționamentul de mai sus se regăsește și în cadrul hotărârilor pronunțate de Curtea de Apel București **nr. 3926/2016** și **nr. 5192/2016** și de Curtea de Apel Timișoara **nr. 3638/28.10.2016,** prin care au fost menținute deciziile pronunțate de CNSC.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... și pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... și, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de .....

Obligatorie.

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