CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

cnsc

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. 87/08.01.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 796/08.01.2018, formulată de SC ... SA, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin Director General Adjunct ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ... SA, cu sediul în orașul ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de servicii având ca obiect ”Lot nr. 1 - curățenie stradală constând în: măturare manuală și mecanizată, inclusiv rigole/elemente ale sistemului de evacuare ape pluviale, strângerea și evacuarea deșeurilor, golirea și spălarea coșurilor de gunoi, eliminarea vegetației dintre rosturi, ștergere/spălare elemente signalistică (panouri, indicatoare etc.) și Lot nr. 2 – deszăpezire, degivrare și transport zapadă, inclusiv punere la dispoziție substanțe/soluții degivrante”, anunț de participare nr. ..., publicat în SEAP la data de 16.12.2017, s-a solicitat obligarea entității contractante de a lua măsurile de remediere solicitate prin notificarea prealabilă constând în:

- corectarea fișei de date și a modelului de contract pentru a permite ajustarea prețului contractului în conformitate cu prevederile legii;
- revizuirea valorii estimate și stabilirea unei valori realiste;
- înlocuirea criteriului *„prețul cel mai scăzut”* cu criteriul *„cel mai bun raport calitate-cost”* sau *„cel mai bun raport calitate-preț”.*

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei. Prin Încheierea nr. 22/C4/59/10.01.2018, Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a admis.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia formulată de către SC ... SA împotriva documentației de atribuire, respectiv a fișei de date, prin care solicită obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin notificarea prealabilă, respectiv: corectarea fișei de date și a modelului de contract pentru a permite ajustarea prețului contractului în conformitate cu prevederile legii, revizuirea valorii estimate și stabilirea unei valori realiste, precum și înlocuirea criteriului *prețul cel mai scăzut* cu criteriul *cel mai bun raport calitate-cost* sau *cel mai bun raport calitate-preț.*

Contestatoarea învederează că în notificarea prealabilă a indicat faptul că la punctul II.4.1 din fișa de date a achiziției se prevede că prețul contractului nu se ajustează, iar această prevedere este preluată și la art. 7.1. din modelul de contract, conform căruia achizitorul consideră tarifele exprimate în euro ferme și fixe și nu este de acord cu majorarea acestora pe parcursul derulării contractului sectorial.

În opinia petentei, această prevedere a modelului de contract și a documentației de atribuire este inadecvată, având în vedere durata acestuia, de 4 ani, perioadă pentru care nu se poate anticipa care va fi evoluția economiei naționale și nu se pot stabili tarife care să asigure echilibrul contractual pe o astfel de perioadă.

Solicitarea contestatoarei din notificarea prealabilă a fost ca entitatea contractantă să revină asupra acestui punct din contract și să permită ajustarea prețului contractului în conformitate cu prevederile art. 28 din H.G. nr. 395/2016.

Entitatea contractantă a răspuns acestei solicitări din notificarea prealabilă prin luarea unor măsuri de remediere, care, în opinia petentei sunt insuficiente și inadecvate. În acest sens, contestatoarea arată că, în primul rând nu a fost modificat punctul II.4.1. din fișa de date a achiziției, conform căruia prețul nu se ajustează, deși s-a modificat punctul 7.1 din modelul de contract, modificare prin care s-au stabilit condiții de ajustare. Se subliniază că pentru lotul 1 a modificat simultan și punctul 14.1 din modelul de contract, prin care, practic, se anulează modificările de la punctul 7.1.

În contestație se precizează că ajustarea prețului contractului se face în baza art. 236 din Legea nr. 99/2016 și art. 30 din HG nr. 394/2016. În opinia contestatoarei, aplicarea prevederilor art. 240 nu este oportună în acest caz, pentru că privește alte situații, nefiind legată de ajustarea de tarif. Ajustarea de tarife se face în condițiile prevăzute la art. 30 din HG nr. 394/2016, fără a se ține seama de condițiile prevăzute la alte articole din lege, care fac referire explicită la situații care nu au legătură cu ajustarea de tarife. Coroborarea cu alte articole alterează scopul ajustării, introducând condiționări incompatibile cu ajustarea de tarife și se cere ca aceste condiții să fie îndeplinite în mod cumulativ. O ajustare poate implica modificări substanțiale, care să depășească

anumite praguri, inclusiv pe cel de 10% într-o perioadă de 4 ani, deoarece este determinată de condiții obiective, independente de voința părților. Ajustarea se bazează pe modificări ale costurilor legate de salarizare și pe indici de preț pentru elemente constitutive ale ofertei. Nu se poate stabili că într-o perioadă de 4 ani modificările de costuri nu vor depăși 10% din prețul inițial al contractului, mai ales când există proiecte clare care vizează creșteri salariale generale, dar în special în privința salariului minim pe economie, pentru perioada următoare.

Contestatoarea menționează că și pentru lotul 2 este prevăzută o modalitate de ajustare a tarifului, însă, pentru acest lot, punctul 14.1 din modelul de contract nu are o astfel de corespondență cu lotul 1.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, entitatea contractantă modifică punctul 4.4.2. din fișa de date - *Modul de prezentare a propunerii financiare*, solicitând să se prezinte distinct tarifele pentru serviciile specificate în caietul de sarcini, într-o formulă care include în cheltuielile directe doar cheltuielile salariale. În caietul de sarcini există cheltuieli directe legate cel puțin de mașini, utilaje, combustibil etc., care nu se regăsesc în *"detalierea tarifelor"*, iar sintagma *"cel puțin"*, folosită de entitate în text, nu reprezintă o garanție că toate cheltuielile din caietul de sarcini vor fi recunoscute în cazul unei ajustări de tarife, deși sunt cheltuieli aferente prestației și ele pot înregistra creșteri substanțiale în perioada de 4 ani a contractului.

În contestație se precizează că entitățile contractante au obligația de a acționa în mod transparent și proporțional în procesul de achiziții publice, dar în cazul de față principiul proporționalității este încălcat, stabilindu-se arbitrar o limită a creșterii tarifelor prin ajustare, derogând nejustificat de la acest principiu. Ajustarea tarifelor trebuie să fie proporțională cu creșterile de costuri, altfel nu ar fi justificată și nu și-ar atinge scopul, adică acela de prezervare a echilibrului contractual în contractele multianuale. Astfel, contestatoarea apreciază că entitatea contractantă a procedat în mod parțial corect, întrucât răspunsul la notificarea prealabilă introduce într-adevar o modalitate de ajustare a tarifului, însă au fost introduse limitări și condiții nejustificate.

Contestatoarea susține că principiul proportionalității a fost încălcat în documentația de atribuire inițială prin excluderea posibilității de ajustare a tarifelor, în condițiile în care durata contractului este de 4 ani. Se opinează că este o cerință disproporționată ca, la calcularea tarifului, ofertanții să ia în considerare orice variație de cost pentru o perioadă atât de lungă. Contestatoarea susține că o cerință ar fi proporțională dacă s-ar lua în calcul o neajustare a tarifelor pe o perioadă de maxim un an.

În susținere, contestatoarea invocă prevederile articolul 36 din Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor postale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, dform cărora: *„(1) Entitățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-un mod transparent și proporțional”.*

Contestatoarea învederează că la al doilea punct al notificării a arătat că serviciile de salubrizare și deszăpezire pe teritoriul aeroportuar implică un anumit nivel calitativ, ceea ce ar impune aplicarea unui criteriu de *"prețul cel mai scăzut"*, care este inadecvat pentru acest contract, însă la această solicitare entitatea contractantă nu a răspuns.

În opinia petentei, opțiunea entității contractante pentru criteriul de atribuire *"prețul cel mai scăzut"* este rezultatul unei interpretări greșite a legislației în domeniul achizițiilor publice, interpretare nu ține seama că directivele europene, legislația națională și documentele programatice în domeniul achizițiilor publice impun o limitare majoră acestui criteriu. Se subliniază că în vechile directive existau două criterii de atribuire, respectiv "*prețul cel mai scăzut"* și *"propunerea economică cea mai avantajoasă"*, iar în directivele actuale, preluate și în legislația națională, criteriul *„prețul cel mai scăzut"* nu mai există în aceeași formă, singurul criteriu fiind *"oferta economică cea mai avantajoasă"*.

Astfel, acum criteriul *prețul cel mai scăzut* este un subcriteriu sau o componentă a criteriului *oferta economică cea mai avantajoasă*. Faptul că nu este interzisă expres să fie folosit, fiind practic permisă folosirea lui ca expresie a ofertei economice celei mai avantajoase, nu înseamnă că se poate apela la acest criteriu fără distincție și fără discernământ, în toate cazurile.

Din cuprinsul directivelor, din documentele programatice, cum ar fi "Strategia Europa 2020" a Comisiei Europene și "Strategia Națională în Domeniul Achizițiilor Publice" a Guvernului României reiese clar că se impune utilizarea criteriului *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic* ca regulă, iar prețul cel mai scăzut numai ca excepție. Toate aceste documente obligă la eficiența utilizării fondurilor și la urmărirea acestei eficiențe în realizarea achizițiilor publice.

Directiva Europeană impune folosirea acestui criteriu, luându-se în considerare cel mai bun raport calitate preț, scopul fiind eficiența folosirii fondurilor. Punctul 94 al Directivei stabilește ca sintagma "*oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*" să devină un concept imperativ, iar punctul 95 exprimă clar că *"Ar trebui să se stabilească explicit că oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic ar trebui să fie evaluată pe baza celui mai bun raport calitate-preț care ar trebui să includă întotdeauna un element de preț sau de cost."*

Strategia 2020 a Comisiei Europene impune ca achizițiile publice să se realizeze în sensul eficienței utilizării fondurilor. Strategia națională în domeniul achizițiilor publice a Guvernului României este criticată față de tendința anterioară de folosire excesivă a criteriului prețul cel mai scăzut. Deci dacă oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic se evaluează pe baza celui mai bun raport calitate preț, în scopul eficientizării folosirii fondurilor, în cazul de față ar fi necesar să se procedeze ca atare, fondurile fiind eficient folosite atunci când în schimbul lor se obține o cantitate de prestații stabilită, la cel mai bun nivel calitativ, în condiții de preț rezonabil. Interpretarea corectă este aceea că prețul cel mai scăzut este expresia adecvată a celui *mai bun raport calitate-preț* și implicit a ofertei cele mai bune din punct de vedere economic, strict în cazurile în care obiectul achiziției este format din

produse servicii sau lucrări standardizate sau generice, care pot fi definite prin specificații exacte, de la care un ofertant nu se poate abate pentru a nu afecta nivelul calitativ al acestora.

În cazul serviciilor astfel de situații sunt extrem de rare, iar în cazul serviciilor de salubrizare și deszăpezire sunt chiar excluse. În cazul de față este vorba de un serviciu care presupune un personal uman calificat, cerut chiar prin caietul de sarcini, bine organizat și bine condus. Toate aceste elemente determină calitatea finală a serviciului prestat.

Orice societate comercială prestatoare de servicii, sau de alt tip, acționează în scopul realizării de profit. Deci, chiar și în situația în care oferă și operează cu prețuri scăzute, aceasta trebuie să realizeze profit, în toate situațiile în care prețurile scad foarte mult, profitul se realizează doar prin diminuarea cheltuielilor.

Pentru controlul prețurilor entitatea contractantă are două pârghii extrem de puternice, cea mai importantă dintre acestea fiind valoarea estimată, în felul acesta entitatea putând stabili valoarea maximă pe care este dispusă să o cheltuiască pentru anumite achiziții. Nimeni nu poate obliga o entitate contractantă să achiziționeze serviciile la un preț mai mare decât valoarea estimată - care ar putea fi bugetul maxim. Pe de altă parte, elementul preț, sau cost, se va regăsi printre criteriile de atribuire și va avea o pondere însemnată, ceea ce îi poate determina pe ofertanți să coboare prețurile până la un nivel acceptabil.

Introducerea unor criterii calitative nu poate fi decât benefică în aceste condiții. Prețul obținut nu poate fi decât unul rezonabil, deoarece are un nivel maxim prestabilit, iar de la acest nivel se coboară în licitație, însă dacă există și criterii calitative acestea vor impiedica coborârea nivelului calitativ odată cu nivelul prețului. Prin criteriile calitative ofertanții vor fi obligați să se angajeze la realizarea unor performanțe și nu vor putea ulterior să aducă motivații legate de preț pentru nerealizarea performanțelor. Vor fi obligați să realizeze performanțele în prețul ofertat. În absența criteriilor calitative, când competiția se desfășoară strict pe preț, odată cu prețul vor coborî atât nivelul calitativ, cât și cantitatea reală de servicii prestate, în măsura în care acestea nu sunt măsurabile sau prestabilite.

Dacă entitatea va lua în considerare doar criteriul preț, atunci va obține un preț scăzut însoțit de un nivel calitativ al prestației scăzut drastic. Prețurile pot să coboare nelimitat, iar nivelul calitativ al prestației să rămână același. Dacă prețul este singurul element al competiției, atunci competitorii se vor concentra asupra lui, strategia normală a unui competitor în această situație va fi reducerea cheltuielilor la maxim, prin reducerea maximă admisibilă a nivelului calitativ.

Competiția capătă o caracteristică negativă adică acelea care vizează o reducere, iar reducerea este una generală, respectiv odată cu prețul se vor reduce și toți parametrii prestației. Prestatorul care acceptă o astfel de competiție, fără limite, este interesat să-și păstreze doar profitul constant. El va stabili o marjă de profit pentru care contractul prezintă interes și va calcula prețurile ca atare, reducând la maxim tot ceea ce se poate reduce din elementele de cheltuieli, din nivelul calitativ al prestației, chiar și din cel cantitativ, în măsura în care este posibil,

urmărind să se păstreze doar marja sa de profit. Această competiție negativă nu poate fi împiedicată decât de criteriile calitative, care vor da șansa ca licitația să fie câștigată și de un prestator care are o strategie legată de realizarea unui profit rezonabil în condiții de calitate adecvate.

Cu titlu de exemplu, petenta menționează că practica a demonstrat că beneficiarul nu se poate apăra de o prestație de calitate proastă în situația în care criteriul a fost prețul cel mai scăzut, decât prin rezilierea contractului, însă până la reziliere, dezavantajele legate de un nivel calitativ prost vor fi suportate și vor exista și pierderi materiale generate de rezilierea de contract și organizarea unei noi proceduri, cu toate bulversările specifice unei astfel de situații.

Contestatoarea, deși nu se crede în măsură să dea sugestii entității cu privire la criteriile calitative care pot fi utilizate în cadrul acestei proceduri, totuși îi aduce la cunoștință că legea conține prevederi suficient de clare privitoare la astfel de criterii. Se pot folosi criterii legate de organizare, de personal, de pregătirea și experiența acestuia (chiar dacă nu este vorba de un contract de consultanță sau de prestații științifice) dacă aceasta influentează nivelul calitativ al prestației, de metodele de lucru, de planuri etc. Pe de altă parte, în mod particular în cazul acestei prestații, se pot avea în vedere și criterii legate de cantitatea și nivelul calitativ al consumabilelor.

Pe de altă parte, deoarece chiar achizitorul a estimat că traficul de persoane prin terminalele aeroportului va crește, inclusiv costurile vor înregistra creșteri, personalul alocat prestației fiind la acest moment insuficient. Trebuie avut în vedere că actualul contract a fost încheiat în anul 2002, când traficul pe aeroport era mult mai puțin intens. Situația actuală este mult schimbată și, cu siguranță, se va schimba în continuare în sensul în care un trafic mai intens va obliga și la o altă intensitate a serviciilor prestate. Numărul mare de persoane aflate în terminale, persoane care sunt active una-două-trei ore în spațiul aeroportului, determină un alt ritm de murdărire a pavimentului, de murdărire a grupurilor sanitare și de umplere a coșurilor de gunoi. Numărul de angajați ai operatorului actual este insuficient și necesitatea de mărire se va intensifica determinat de fluxul de persoane din aeroport, aceasta reprezentând o nouă sursă de creștere a cheltuielilor, cheltuielile actuale neputând fi menținute pentru o perioadă mai lungă de timp.

Creșterea costurilor nu va fi determinată doar de nivelul salarial și de alte costuri materiale, ci va apărea și o presiune permanentă de creștere a volumului de prestații. Creșterea acestui volum de prestații se va putea realiza doar prin creșterea numărului de angajați care să asigure servicii la nivel satisfăcător, petenta opinând că această creștere va fi sustenabilă pentru aeroport, pentru că odată cu creșterea traficului, care va determina desigur și niște cheltuieli mai mari, vor crește și veniturile. Deci, nu există nicio justificare pentru a nu se avea în vedere o valoare mai mare a prestației.

Tarifele foarte mici, în timp, vor determina o scădere a nivelului calitativ al prestației cu efecte imediate asupra nivelului de confort al pasagerilor, care poate conduce la nemulțumiri serioase ale acestora, cu toate consecințele de rigoare. Contestatoarea apreciază că ar fi total

nejustificat ca, în condițiile în care veniturile aeroportului vor crește, acesta să decidă menținerea la un nivel scăzut al cheltuielilor pentru salubrizare și deszăpezire, cu implicații serioase asupra activității și traficului aeroportuar și susține că ar fi greșit, din punct de vedere comercial, ca o marcă de prestigiu cum este Aeroportul ... să se compromită din motive care țin de salubrizare și deszăpezire. Numărul de pasageri va crește datorită faptului că nu vor avea alternativă, însă confortul lor va fi grav afectat de absența unor condiții bune de circulație pe timp de iarnă și salubritate în parcări și pe drumurile interioare, fără să existe o justificare în acest sens. O companie națională care aparține Statului Român nu poate să sacrifice confortul pasagerilor, siguranța activității și nivelul general de igienă proprii pentru profit, care, oricum, nu este afectat de costurile acestor servicii decât într-o măsură insignifiantă.

În opinia petentei, utilizarea criteriului *prețul cel mai scăzut*, în acest caz, este rezultatul unei interpretări greșite a legislației, bazată strict pe sensul *ad literam* care nu ține seama de legislația și politica generală a Uniunii, de scopul acesteia și evită o interpretare sistematică, bazată pe complexul legislativ și jurisprudența comunitară, care ar conduce la concluzia că aplicarea criteriului *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic* determinată prin *raportul calitate-preț cel mai bun* este regula, în timp ce prețul cel mai scăzut este o excepție, neaplicabilă în acest caz.

Aplicarea criteriului prețul cel mai scăzut în cazul de față este de natură să determine reducerea drastică a nivelului calitativ al prestației, în timp ce aplicarea criteriului *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic* prin *cel mai bun raport calitate-preț* va conduce tocmai la obținerea unor servicii de calitate superioară, în condițiile în care prețul va fi limitat datorită valorii estimate și redus prin ponderea acordată prețului în cadrul complexului de criterii aplicat.

Prin adresa nr. 954/59-C4/09.01.2018, Consiliul a înştiinţat entitatea contractantă CN ... SA despre depunerea contestaţiei solicitând documente relevante în soluționarea cauzei, iar în urma acestei solicitări entitate contractantă a transmis documentele aflate la dosarul achiziției publice, precum și punctul său de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată.

COMPANIA ... SA a formulat notificare prealabilă înregistrată la CN ... SA sub nr. Sach. 3746/27.12.2017, prin care a solicitat posibilitatea ajustării prețului contractului în conformitate cu prevederile art. 28 din H.G. nr. 395/2016, înlocuirea criteriului *„prețul cel mai scăzut*" cu criteriul *„cel mai bun raport calitate-cost"* și, pe cale de consecință, continuarea procedurii de achiziție publică.

În temeiul art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. SACL 1981/29.12.2017, comunicând faptul că va adopta următoarele măsuri de remediere:

- art. 7.1 și art. 14 din modelul de contract vor avea următorul conținut:

„Art. 7.1. Achizitorul consideră tarifele exprimate în euro, ferme și fixe pe toată perioada de valabilitate a contractului și nu se acceptă

majorarea lor, numai în cazul în care au loc modificări legislative în domeniul salarizării și a elementelor constitutive ale acestuia, care au ca obiect creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial."
„Art. 14.1 Părțile contractante au dreptul, pe durata îndeplinirii contractului, de a conveni modificarea clauzelor, prin act adițional, atunci când sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) *modificările, nu sunt substanțiale, în sensul art. 240 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale;*
b) *modificările au devenit necesare în urma unor circumstanțe pe care o achizitorul, care acționează cu diligență, nu ar fi putut să le prevadă;*
c) *modificările nu pot aduce atingere caracterului general al contractului sectorial;*
d) *valoarea modificării prețului contractului este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale;*
e) *valoarea modificării este mai mică decât 10% din prețul prezentului contract;*
f) *valoarea modificărilor, în cazul în care se efectuează mai multe modificări succesive, se va determina pe baza valorii nete cumulate a modificărilor succesive;*
g) *modificarea valorii este condiționată de existența fondurilor necesare în bugetul de venituri și cheltuieli al achizitorului;*
h) *prestatorul reîntregește garanția de bună execuție a contractului din prezentul contract.*

14.2. Modificarea/Modificările aduse valorii contractului se va/vor realiza în condițiile îndeplinirii cumulative a cerințelor stabilite la art. 14.1 din prezentul contract, în limita a maxim 10% din prețul contractului".

De asemenea, în fișa de date la cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, ofertanții vor avea în vedere ca anexat propunerii financiare să prezinte distinct tarifele unitare pentru serviciile specificate în caietul de sarcini, după cum urmează:

a) Tarif salariat/lună (se va detalia componența tarifului/tip de salariat, conform caietului de sarcini).

Detalierea tarifelor va cuprinde obligatoriu cel puțin următoarele elemente de cost:

A. Cheltuieli directe

a. Cheltuieli salariale;
a.1. Salariu de încadrare (brut);
a.2. Spor de noapte;
a.3. Spor ore lucrate în zilele libere legale;
a.4. Spor ore lucrate în zilele de sărbători legale;
a.5. Spor vechime în câmpul muncii;
a.6. Asigurări sociale de sănătate;
a.7. Asigurări sociale;
a.8. Fond de șomaj;

a.9. Fond special persoane cu handicap

B. Cheltuieli indirecte

C. Profit

Față de afirmația contestatoarei referitoare la măsurile de remediere luate de entitate ca fiind insuficiente și inadecvate, în punctul de vedere se precizează că entitatea contractantă a luat măsurile de remediere raportat la prevederile legale ale art. 30 din HG nr. 394/2016:

(1) În condiţiile art. 236 din Lege, pe parcursul îndeplinirii contractului sectorial/contractului, preţul poate fi ajustat în situaţia în care pe piaţă au apărut anumite condiţii, în urma cărora s-a constatat creşterea/diminuarea indicilor de preţ pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului sectorial/contractului.

(2) Pentru a se respecta principiul transparenţei, posibilitatea de ajustare a preţului trebuie să fie precizată atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul sectorial/acordul- cadru care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

(5) În condiţiile art. 236 din Lege, posibilitatea de ajustare a preţului, precizată atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul care urmează să fie încheiat, dar fără a fi îndeplinite condiţiile prevăzute la alin. (3) este posibilă numai în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către entităţile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunţarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului sectorial/acordului- cadru.

(6) În orice situaţie preţul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului.

Astfel, entitatea contractantă învederează că a precizat atât în documentația de atribuire, cât și în contractul sectorial, posibilitatea de ajustare a prețului contractului numai în cazul în care au loc modificări legislative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite al căror efect se reflectă în creșterea sau diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial. Prin urmare, poate avea loc o modificare a prețului atât în sensul creșterii, cât și al diminuării prețului, pe baza costurilor fundamentate.

De asemenea, în fișa de date la cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, entitatea a avut în vedere ca prețul să fie detaliat de către ofertanți și pentru componenta tarifului/tip de salariat, raportat la cerințele din caietul de sarcini, fiind o resursă implicată în mod direct în prestarea serviciilor contractuale.

Astfel, nu a stabilit ajustarea prețului raportat la indici de statistică (buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri), ci a avut în vedere modificarea prețului raportat la modificări legislative, ce se reflectă în costurile pe baza cărora s-a fundamentat prețul.

Raportat la prevederile articolului 236 din Legea nr. 99/2016, entitatea apreciază că nu este de ajuns ca în clauzele contractuale doar

să faci mențiune la articolul din lege, ci trebuie să se stabilească clauze clare, precise și fără echivoc. În acest scop, a precizat în articolul 14.1 din clauzele contractuale, condițiile legale cumulative de modificare a contractului, fără de care nu se poate ajusta și, pe cale de consecință, nu se poate efectua plata prețului contractului modificat.

Față de afirmațiile contestatoarei: *o ajustare a prețului poate implica modificări substanțiale, care să depășească anumite praguri, inclusiv pe cel de 10% într-o perioadă de 4 ani, deoarece este determinată de condiții obiective, independente de voința părților*, entitatea precizează că fiecare situație va fi verificată și analizată la momentul apariției condițiilor obiective și va fi ancorată în legislația achizițiilor sectoriale.

Pentru lotul 2, în caietul de sarcini există cheltuieli directe legate cel puțin de mașini, utilaje, combustibili etc., care nu se regăsesc în detalierea tarifelor, iar sintagma *"cel puțin"* folosită de entitate în text, nu reprezintă o garanție că toate cheltuielile din caietul de sarcini vor fi recunoscute în cazul unei ajustări de tarife.

Modalitatea prin care ofertanții își formează prețul este apanajul fiecărui ofertant. Este adevărat că fiecare ofertant își dorește modificarea documentației de atribuire astfel încât să corespundă activității și specificului său, însă ofertanții trebuie să țină cont că entitatea contractantă stabilește, prin documentele achiziției, criteriile astfel încât acestea să corespundă nevoii sale.

Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie privind achizițiile efectuate de către entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, a fost transpusă în legislația națională prin Legea achizițiilor sectoriale, iar articolul 36 din Directivă are corespondent în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale.

Conform principiului proporționalității orice măsura luată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit. Astfel, prin cerințe, entitatea trebuie să se asigure că ofertanții vor avea resursele, experiența și capacitatea necesară de a executa contractul sectorial la un standard de calitate corespunzător.

În acest sens, anunțul publicat în SEAP împreună cu documentația de atribuire cuprinde în mod clar cerințele, criteriile, regulile, informațiile necesare pentru a asigura tuturor operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințele sau elementele achiziției sectoriale, obiectul contractului sectorial și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile.

Entitatea învederează că, răspunzând notificării prealabile s-au luat măsuri de remediere, iar argumentele avute în vedere atunci când a întreprins aceste măsuri sunt că entitatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire: *prețul cel mai scăzut, costul cel mai scăzut, cel mai bun raport calitate-preț, cel mai bun raport calitate - cost.*

Legea nr. 99/2016 la art. 209 alin. (8) prevede că: *„Entitatea contractantă nu va utiliza preţul cel mai scăzut sau costul cel mai scăzut drept criteriu de atribuire în cazul anumitor categorii de contracte sectoriale/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect servicii intelectuale şi care presupun activităţi cu nivel de complexitate ridicat”.* Or, în cauza de față, obiectul celor două contracte, lot 1 și Lot 2 nu au componenta de prestații intelectuale, pe cale de consecință, entitatea contractantă consideră că nu a încălcat legislația achizițiilor sectoriale, atunci când a stabilit criteriul de atribuire al contractului ca fiind *"prețul cel mai scăzut".*

Motivele invocate de către contestatoare împotriva documentației de atribuire, respectiv a fișei de date a achiziției, prin care solicită remedierile enumerate în partea introductivă a prezentei decizii, sunt apreciate de entitatea contractantă ca fiind nefondate, plecând cel puțin de la argumentele mai sus enunțate.

Față de aceste argumente, entitatea contractantă solicită Consiliului să respingă, ca nefondată, contestația formulată de către COMPANIA ... SA și, pe cale de consecință, să mențină în tot actele contestate.

Ca urmare a solicitării din adresa nr. 194/15.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 1999/15.01.2018, prin adresa 2247/59-C4/16.01.2018, SC ... SA a fost invitată la sediul Consiliului în vederea consultării documentelor din dosarul cauzei.

În urma studierii dosarului, autoarea contestației a depus concluzii scrise prin adresa nr. 309/22.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 2912/22.01.2018, prin care învederează că își susține cererile prezentate în cadrul contestației, pentru următoarele motive:

În ceea ce privește ajustarea tarifelor, reiterează că entitatea contractantă a luat măsuri de remediere ca urmare a notificării prealabile, recunoscând în acest mod necesitatea ajustarii, însă măsurile au fost insuficiente, deoarece nu a fost corectată și fișa de date, au fost introduse condiționări nejustificate în draftul de contract, iar în modul de calcul al tarifelor nu au fost luate în considerare și variația costurilor, a mijloacelor fixe și ustensilelor, consumabilelor de curățenie și de grup sanitar, precum și alte cheltuieli indirecte.

În ceea ce privește criteriul de atribuire, în Strategia de contractare se precizează că, întrucât *"caietul de sarcini descrie cu acuratețe respectiv serviciile solicitate a fi prestate",* se consideră că potențialii ofertanți au informații suficiente pentru a pregăti corespunzător ofertele și este rezonabil ca departajarea corectă a ofertelor să se facă pe baza prețului.

Prin concluziile depuse se învederează că serviciile de salubrizare și deszăpezire sunt procese care au o dinamică proprie și specifică, care nu este aptă de a fi descrisă cu acuratețe până la nivelul la care să nu mai încapă nicio nuanță aptă să ridice nivelul calitativ al serviciilor. Pe de altă parte, chiar și în cazul unei descrieri foarte exacte nu înseamnă că aceasta va asigura obținerea unui nivel calitativ deosebit, sau a unui raport calitate preț de cel mai bun nivel. Ar însemna să fie acceptată ideea că prestațiile de salubrizare și deszăpezire ar putea avea un nivel calitativ standardizat, care nu poate fi depășit sub nicio formă și în nicio

condiție, ceea ce este apreciat de petentă ca fiind neadevarat. Nivelul calitativ este condiționat de modul de organizare, profesionalismul și seriozitatea personalului alocat, calitatea echipamentelor și ustensilelor, calitatea materialelor. În opinia contestatoarei, caietul de sarcini este unul simplu, cu o descriere generală și nenuanțată a serviciilor care urmează a fi prestate.

Dacă va fi un factor de evaluare "preț", a cărui pondere ar fi covârșitoare, depășind jumătate din punctajul alocat, pentru restul punctajului s-ar putea formula criterii legate de organizare, calificarea și experiența personalului, calitatea materialelor etc. care ar impune ofertanților să intre într-o competiție pozitivă și să transmită oferte de nivel calitativ superior, în scopul de a obține cel mai bun punctaj. Conceptul ofertantului nu va mai fi acela de a se încadra în cel mai mic preț posibil cu respectarea cerințelor strict obligatorii ale caietului de sarcini, ci ar fi acela de a ridica nivelul calitativ al ofertei, propunând modalități de organizare și selecționare a personalului, profesionalizarea acestuia, selectarea și utilizarea unor materiale consumabile de nivel și cu efecte calitative superioare. Ar fi rezonabil ca într-un buget maxim prestabilit să se obțină prestația cu cel mai înalt nivel calitativ și nu o prestație de nivel minimal la cel mai mic preț posibil.

Prima obiecție care poate fi ridicată, referitor la factorii de evaluare pentru nivelul calitativ al unui serviciu, este aceea legată de posibilitatea de cuantificare și de obiectivitatea acestor factori de evaluare.

Contestatoarea subliniază că rezultatul unei proceduri de achiziții publice nu poate fi influențat discreționar, decât în raport cu ponderea în punctaj a factorilor de evaluare cu conținut subiectiv. În plus, factorii de evaluare pot fi formulați de așa natură încât să aibă un grad ridicat de obiectivitate.

De exemplu: dacă se acordă un punctaj cu o pondere de 5-10% din total pentru modalitatea de organizare a activității, iar acest punctaj este lăsat la latitudinea comisiei, influența lui nu va fi majoră în punctajul total, însă va obliga ofertanții să propună o modalitate superioară de organizare a activității. Chiar dacă aprecierea membrilor comisiei ar avea un grad de subiectivitate, ar exista avantajul modalității de organizare propuse. Dar nu toți eventualii factori de evaluare ar putea fi necuantificabili, pentru că există o serie de posibilități de cuantificare cu privire la materiale, la mijloace și chiar la personal, însă acestea nu pot fi prezentate pe larg, deoarece ar apărea ca o sugestie nepermisă din partea unui potențial ofertant. Specialiștii din cadrul entității contractante, studiind literatura de specialitate, ar putea începe/concepe un sistem de factori de evaluare tehnico-organizaționali destul de obiectivi, care să conducă la realizarea unui raport calitate preț avantajos.

Oricum, aplicarea exclusivă a criteriului *„prețul cel mai scăzut”* are rezultate dintre cele mai proaste și nici măcar nu este este respectată condiția obiectivității absolute, pentru că există întotdeauna modalități de alterare a obiectivității aprecierii.

De exemplu: o ofertă cu preț scăzut poate fi respinsă din motive legate tocmai de nivelul prețului, dacă achizitorul va considera că

explicațiile date de ofertant în legătură cu prețul scăzut sunt nesatisfăcătoare. Într-o apreciere calitativă va exista un grad de subiectivitate, iar încercarea de a exclude în totalitate subiectivitatea poate conduce la rezultate nefaste, adică la criteriul unic *„prețul cel mai scăzut”* cu dezavantajele lui profunde. Interesul achizitorului este acela de a avea produse și servicii de cea mai bună calitate la un preț rezonabil și nu acela de a plăti strict prețul cel mai mic indiferent de calitatea produselor și/sau serviciilor primite. Tendința achizitorilor de a opta pentru criteriul *"prețul cel mai scăzut"* a devenit preponderentă, ceea ce intră în contradicție flagrantă cu scopul formulat al noilor directive cu privire la criteriile de atribuire. Prețul cel mai scăzut înseamnă cea mai mică cheltuială pentru obținerea unui anumit produs, în cazul de față pentru prestarea unui serviciu.

Reducerea prețurilor are la bază o reducere a cheltuielilor. În cazul personalului calificat prețul cel mai scăzut se obține prin acordarea salariului minim pe economie, fără alte stimulente, bonificații, beneficii. În această situație se va lucra cu un personal demotivat și dezinteresat, însă nivelul calitativ al prestației depinde foarte mult de efortul acestui personal.

Dacă legea obligă să fie utilizați factori de evaluare care se referă numai la aspecte calitative în procedurile cu buget fix, cu atât mai mult obligă să fie utilizați și factori de evaluare calitativi în situația în care există un buget maxim fix (în sensul că nu poate fi depășit), dar care poate fi redus până la nivelul la care prestația poate fi executată în condițiile impuse

Entitatea contractantă a explicat opțiunea pentru aplicarea criteriului *„prețul cel mai scăzut”*, în cazul de față, citând alin. (8) al art. 209 care interzice aplicarea criteriului *"prețul cel mai scăzut"* în cazul anumitor categorii de contracte și, deoarece printre acestea nu sunt incluse în contractele cu obiecte pentru domeniu curățenie - salubrizare, se afirmă că nu s-a încălcat legislația achizițiilor sectoriale.

Faptul că legea interzice folosirea unui criteriu pentru anumite categorii de contracte, nu înseamnă că îl permite în cazul special al contractelor de salubrizare și deszăpezire. Dacă legea nu interzice anumite conduite sau acte, nu înseamnă că sunt permise orice alte conduite. O interdicție poate fi implicită, sau poate fi rezultatul unei interpretări corecte a legislației.

Regula de interpretare impusă prin punctul 94 din Directiva 25/2014, este aceea că *„oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”* este un concept imperativ, adică exprimă o obligație de a obține cea mai bună soluție din punct de vedere economic dintre cele oferite.

Dacă există disponibilități financiare suficiente, iar opinia petentei este că entitatea contractantă are astfel de disponibilități, cea mai bună soluție economică este aceea care oferă un nivel calitativ ridicat, garantând un grad de igienă și confort adecvat, în condiții de preț maxim prestabilit.

Dacă alegerea entității contractante este să plătească cât mai puțin posibil în detrimentul nivelului de igienă și confort, nu se poate afirma că

optează pentru cea mai bună soluție economică pentru curățenia unui aeroport. Aplicarea corectă a legii în acest caz impune opțiunea pentru criteriul *„cel mai bun raport calitate-preț”*.

Prin adresa nr. 543/25.01.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 3986/30.01.2018, entitatea contractantă, CN ..., a formulat și depus concluzii scrise prin care solicită Consiliului să respingă cererea contestatoarei ca netemeinică și, pe cale de consecință, să respingă contestația ca nefondată.

Cu privire la susținerile reclamantei din contestația nr. 87/08.01.2018, înregistrată la entitatea contractantă sub nr. SAch 63/08.01.2018 și a documentului intitulat "Concluzii scrise" nr. 305/22.01.2018, entitatea învederează că nu a stabilit ajustarea prețului raportat la indici de statistică (buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri), ci a avut în vedere modificarea prețului raportat la modificări legislative, ce se reflectă în costurile pe baza cărora s-a fundamentat prețul.

De asemenea în prezentele concluzii scrise se menționează că entitatea contractantă s-a raportat la art. 30 alin. (1), (2), (5) și (6) coroborat cu art. 236 din Legea nr. 99/2016. În acest sens, a stabilit în contract la art. 14.1, clauze clare, precise și fără echivoc de modificare a contractului astfel încât acestea să nu afecteze caracterul general al contractului.

De asemenea, raportat la condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a putea recurge la aceste clauze, entitatea contractantă a prevăzut și în documentele achiziției inițiale, respectiv în Fișa de date la cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, detalierea componentei tarif/tip de salariat, conform cerințelor din caietul de sarcini.

Față de susținerile cu privire la alegerea criteriului de atribuire al contractului, se precizează următoarele:

Oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic este un concept generic în ansamblul Directivei 2014/25/UE, care a fost explicitat în legislația națională prin 4 criterii de atribuire. Astfel, sunt precizate clar situațiile în care entitatea contractantă este obligată să nu utilizeze prețul cel mai scăzut:

Prețul cel mai scăzut - exclus pentru servicii intelectuale și parteneriatul pentru inovare;

Costul cel mai scăzut (ciclul de viață) - exclus pentru servicii intelectuale și parteneriatul pentru inovare;

Cel mai bun raport calitate - preț - obligatoriu pentru servicii intelectuale și contracte de lucrări cu componentă de proiectare;

Cel mai bun raport calitate-cost - obligatoriu pentru servicii intelectuale și contracte de lucrări cu componentă de proiectare.

Astfel, criteriul *„prețul cel mai scăzut”* nu a dispărut, ci chiar a rămas primul principiu al procedurilor de achiziție sectorială. În acest sens, entitatea contractantă a ales, dintre cele patru criterii, prețul cel mai scăzut ținând cont de particularitatea contractului, de nevoia sa și luând în calcul acuratețea cu care aceste servicii au fost descrise în caietul de sarcini.

Legea nr. 99/2016 la art. 209 alin. (8) prevede că: *„entitatea contractantă nu va utiliza prețul cel mai scăzut sau costul cel mai scăzut drept criteriu de atribuire în cazul anumitor categorii de contracte sectoriale/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect servicii intelectuale și care presupun nivel de complexitate ridicat”*. Or, în cauza de față, obiectul celor două contracte, lot I - servicii de curățenie stradală (...) și Lot II- servicii de deszăpezire (...), nu au componentă de prestații intelectuale, pe cale de consecință, entitatea contractantă apreciază că nu a încălcat legislația achizițiilor sectoriale, atunci când a stabilit criteriul de atribuire al contractului ca fiind „prețul cel mai scăzut”.

În concluzie, contestatoarea trebuie să țină cont că entitatea contractantă stabilește, prin documentele achiziției, criteriile astfel încât acestea să corespundă nevoii sale, în conformitate cu principiile instituite prin art. 2 din Legea nr. 99/2016 și se asigură că ofertanții sunt informați clar și complet cu privire la acest fapt.

Față de cele menționate, entitatea contractantă solicită Consiliului ca, prin hotărârea ce o va pronunța, să respingă cererea contestatoarei ca netemeinică și, pe cale de consecință, să respingă contestația ca nefondată.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

În calitate de entitate contractantă, ... SA a inițiat, conform Legii nr. 99/2016, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de servicii având ca obiect ”Lot nr. 1 - curățenie stradală constând în: măturare manuală și mecanizată, inclusiv rigole/elemente ale sistemului de evacuare ape pluviale, strângerea și evacuarea deșeurilor, golirea și spălarea coșurilor de gunoi, eliminarea vegetației dintre rosturi, ștergere/spălare elemente signalistică (panouri, indicatoare etc.) și Lot nr. 2 – deszăpezire, degivrare și transport zapadă, inclusiv punere la dispoziție substanțe/soluții degivrante”, coduri CPV 90611000-3 – Servicii de curățenie stradală (Rev. 2), 90620000-9 – Servicii de deszpăezire (Rev. 2) și 90918000-5 – Servicii de curățare a coșurilor de gunoi (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 181423/16.12.2017, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită inițial pentru 18.01.2018 ora 16:00. Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut", valoarea estimată, pentru ambele loturi, fiind de 9.776.518,40 euro, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire, COMPANIA ... SA a formulat notificarea prealabilă, prin care a solicitat ajustarea prețului contractului și înlocuirea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” cu criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-cost”.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 1981/29.12.2017, ... SA a luat măsuri de remediere cu privire la ajustarea prețului contractului.

Prin prezenta contestație, COMPANIA ... SA solicită următoarele:

- corectarea fișei de date și a modelului de contract pentru a permite ajustarea prețului contractului în conformitate cu prevederile legii;

- revizuirea valorii estimate și stabilirea unei valori realiste;

- înlocuirea criteriului „prețul cel mai scăzut” cu criteriul „cel mai bun raport calitate-cost” sau „cel mai bun raport calitate-preț”.

În ceea ce privește al doilea capăt de cerere, respectiv „revizuirea valorii estimate și stabilirea unei valori realiste”, Consiliul constată că acesta nu a făcut obiectul notificării prealabile.

În acest sens, cu privire la acest capăt de cerere, Consiliul are în vedere incidența prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016:

„(1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;

(2) Notificarea prealabilă se face în scris şi conţine cel puţin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, **neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate**, după caz.

În consecință, în temeiul art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind „revizuirea valorii estimate și stabilirea unei valori realiste”.

În continuare Consiliul va analiza capătul de cerere privind „corectarea fișei de date și a modelului de contract pentru a permite ajustarea prețului contractului în conformitate cu prevederile legii”.

Prin notificarea prealabilă, contestatoarea a motivat această solicitare prin aceea că, în conformitate cu punctul II.4.1 din fișa de date a achiziției, prețul contractului nu poate fi ajustat pe parcursul derulării sale, respectiv timp de 4 ani.

De asemenea, contestatoarea a arătat că și în modelul de contract, la art. 7.1 se prevede că tarifele exprimate în euro sunt ferme și fixe, acesta având forma următoare pentru ambele loturi:

„Art. 7.1. Achizitorul consideră tarifele exprimate în euro, ferme și fixe și nu este de acord, în niciun caz, cu majorarea acestora pe parcursul derulării contractului sectorial.”

Consiliul constată că, prin răspunsul la notificarea prealabilă, entitatea contractantă a luat unele măsuri de remediere cu privire la această solicitare.

Astfel, după remediere art. 7.1 din modelul de contract are forma următoare, pentru ambele loturi:

„Art. 7.1. Achizitorul consideră tarifele exprimate în euro, ferme și fixe pe toată perioada de valabilitate a contractului și nu se acceptă majorarea lor, numai în cazul în care au loc modificări legislative în domeniul salarizării și a elementelor constitutive ale acestuia, care au ca obiect creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial."

Așadar, în conformitate cu prevederile art. 30 alin. (5) din H.G. nr. 394/2016, autoritatea contractantă a prevăzut modificarea art. 7.1 din modelul de contract, în sensul că prețul contractului, exprimat în euro, poate fi modificat doar în cazul au loc modificări legislative în domeniul salarizării și a elementelor constitutive ale acestuia, care au ca obiect creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei.

Această modificare la nivelul art. 7.1. din modelul de contract a determinat și modificarea art. 14 din modelului de contract din forma:

„14.1. Modificarea contractului sectorial, în cursul perioadei sale de valabilitate, se face în condițiile prevăzute în legislația achizițiilor prin act adițional la prezentul contract cu excepția cazului prevăzut la art. 7.1”, în forma:

„Art. 14.1 Părțile contractante au dreptul, pe durata îndeplinirii contractului, de a conveni modificarea clauzelor, prin act adițional, atunci când sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) modificările, nu sunt substanțiale, în sensul art. 240 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale;

b) modificările au devenit necesare în urma unor circumstanțe pe care achizitorul, care acționează cu diligență, nu ar fi putut să le prevadă;

c) modificările nu pot aduce atingere caracterului general al contractului sectorial;

d) valoarea modificării prețului contractului este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale;

e) valoarea modificării este mai mică decât 10% din prețul prezentului contract;

f) valoarea modificărilor, în cazul în care se efectuează mai multe modificări succesive, se va determina pe baza valorii nete cumulate a modificărilor succesive;

g) modificarea valorii este condiționată de existența fondurilor necesare în bugetul de venituri și cheltuieli al achizitorului;

h) prestatorul reîntregește garanția de bună execuție a contractului din prezentul contract.

14.2. Modificarea/Modificările aduse valorii contractului se va/vor realiza în condițiile îndeplinirii cumulative a cerințelor stabilite la art. 14.1 din prezentul contract, în limita a maxim 10% din prețul contractului".

Considerând că salariul și elementele constitutive ale acestuia reprezintă un element de bază în calcularea tarifelor, entitatea contractantă a modificat și prevederile cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare din fișa de date, ofertanții având obligația de a prezenta distinct tarifele unitare pentru serviciile specificate în caietul de sarcini, după cum urmează:

„a) Tarif salariat/lună (se va detalia componența tarifului/tip de salariat, conform caietului de sarcini).

Detalierea tarifelor va cuprinde obligatoriu cel puțin următoarele elemente de cost:

A. Cheltuieli directe

a. Cheltuieli salariale;

a.1. Salariu de încadrare (brut);

a.2. Spor de noapte;

a.3. Spor ore lucrate în zilele libere legale;

a.4. Spor ore lucrate în zilele de sărbători legale;

a.5. Spor vechime în câmpul muncii;

a.6. Asigurări sociale de sănătate;

a.7. Asigurări sociale;

a.8. Fond de șomaj;

a.9. Fond special persoane cu handicap

B. Cheltuieli indirecte

C. Profit”

Deși entitatea contractantă a luat aceste măsuri de remediere a documentației de atribuire, în sensul modificării prețului contractului în cazul unor modificări legislative cu privire la salarizare, totuși, contestatoarea nu s-a arătat complet mulțumită de aceste modificări, în opinia sa fiind necesară și modificarea prețului contractului în urma creșterilor de preț ale celorlalte cheltuieli directe (mașini, utilaje, combustibili).

Cu privire la aceaste elemente ale tarifului, Consiliul constată că atât valoarea estimată, cât și prețul ofertat, și pe baza căruia se vor plăti facturile serviciilor ofertate, este exprimat în euro, iar cu privire la acestea entitatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere.

Semnificative în acest sens, sunt prevederile inițiale ale pct. IV.4.2) *Modul de prezentare a propunerii financiare,* din fișa de date a achiziției, respectiv:

„Valoarea totală și tarifele unitare ofertate se vor exprima în euro și în lei.

Pentru echivalență se va utiliza cursul de referință BNR lei/euro valabil la data publicării anuntului de participare.

În cazul ofertantului declarat câștigător, valoarea totală și tarifele unitare ofertate **exprimate în EURO**, sunt ferme și fixe pe toată perioada de valabilitate a contractului.”

De asemenea, și după luarea măsurilor de remediere, tariful urmează a fi stabilit și ofertat tot în euro, așa cum se prevede în modelul de contract rectificat:

„Art. 7.1. Achizitorul consideră tarifele exprimate **în euro**, ferme și fixe pe toată perioada de valabilitate a contractului și nu se acceptă

majorarea lor, numai în cazul în care au loc modificări legislative în domeniul salarizării și a elementelor constitutive ale acestuia, care au ca obiect creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial."

Așadar, faptul că valoarea totală și tarifele ofertate sunt exprimate în euro asigură un plus de stabilitate a prețurilor elementelor componente ale tarifelor altele decât cele reprezentând cheltuieli salariale. Este evident că unul dintre motivele de majorare a prețurilor în economia românească îl reprezintă cursul valutar, respectiv devalorizarea leului față de moneda europeană. În consecință, prin exprimarea tarifelor în euro, ofertanții sunt protejați de fluctuațiile prețurilor produselor, atât a celor de pe piața internă, cât și a celor de pe piețele internaționale

Mai mult, Consiliul are în vedere faptul că, potrivit definițiilor de la art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/2016 corelat cu art. 2 alin. (1) lit. b) și c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, contractul sectorial este asimilat actului administrativ emis de o autoritate publică, care acționează în scopul satisfacerii unui interes legitim public.

În ceea ce privește criticile privind faptul că entitatea contractantă nu a făcu modificările și în fișa de date, Consiliul are în vedere prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016:

„(5) În cazul în care autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere, aceasta are la dispoziţie un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora. Termenul se calculează începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului prevăzut la alin. (4).

(6) În cazul procedurilor care se publică în SEAP, măsurile adoptate potrivit alin. (5), înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor, se comunică, în termen de o zi lucrătoare de la adoptare, atât persoanei care a notificat autoritatea contractantă, cât şi celorlalţi operatori economici implicaţi în procedura de atribuire prin **publicarea în SEAP**.

Consiliul reține că entitatea contractantă nu a modificat corespunzător și fișa de date a achiziției, în aceasta regăsindu-se formulările inițiale, cum ar fi:

- „II.4) Ajustarea prețului contractului – nu”:
- „ IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare (...)

În cazul ofertantului declarat câștigător, valoarea totală și tarifele unitare ofertate exprimate în EURO, sunt ferme și fixe pe toată perioada de valabilitate a contractului.”

În consecință, în temeiul art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, acest capăt de cerere și obligă autoritatea contractantă să coreleze prevederile documentației de atribuire cu măsurile de remediere a modelului de contract, conform răspunsului la notificarea prealabilă, publicat în SEAP în data de 29.12.2017 ora 17:39.

În ceea ce privește capătul de cerere privind «înlocuirea criteriului „prețul cel mai scăzut” cu criteriul „cel mai bun raport calitate-cost” sau

„cel mai bun raport calitate-preț”», Consiliul are în vedere prevederile lagale care guvernează stabilirea criteriului de atribuire:

- art. 209 din Legea nr. 99/2016:

„(1) Fără a aduce atingere dispoziţiilor legale sau administrative privind preţul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, entitatea contractantă îşi bazează decizia de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru, prin utilizarea criteriului oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1), entitatea contractantă stabileşte oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire şi, după caz, a factorilor de evaluare prevăzuţi în documentele achiziţiei.

(3) Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic în conformitate cu dispoziţiile alin. (2), **entitatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire:**

a) preţul cel mai scăzut;

b) costul cel mai scăzut;

c) cel mai bun raport calitate-preţ;

d) cel mai bun raport calitate-cost.

(8) Entitatea contractantă **nu va utiliza preţul cel mai scăzut** sau costul cel mai scăzut drept criteriu de atribuire **în cazul anumitor categorii de contracte sectoriale/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect servicii intelectuale şi care presupun activităţi cu nivel de complexitate ridicat**.

(9) Categoriile de contracte sectoriale/acorduri-cadru prevăzute la alin. (8), precum şi ponderea maximă pe care elementul preţ sau cost o poate avea în cadrul criteriului de atribuire a acestor contracte se stabilesc prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi.”

- art. 38 din HG nr. 394/2016.

(6) În aplicarea art. 209 alin. (8) şi (9) din Lege, în cazul contractelor sectoriale/acordurilor-cadru de servicii având ca obiect **prestaţii intelectuale, cum ar fi cele de consultanţă/asistenţă tehnică, elaborare studii, proiectare sau supervizare, aferente unor proiecte de complexitate ridicată**, prevederile alin. (1) se aplică în mod obligatoriu, iar ponderea alocată factorului preţ nu poate fi mai mare de 40%.

Așadar conform acestor prevederi legale, stabilirea criteriului de atribuire reprezintă atribuția entității contractante. În stabilirea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, entitatea contractantă nu este ținută decât de obligația legală de a nu folosi acest criteriu de atribuire în **cazul anumitor categorii de contracte sectoriale/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect prestaţii intelectuale, cum ar fi cele de consultanţă/asistenţă tehnică, elaborare studii, proiectare sau supervizare**, și numai dacă acestea sunt **aferente unor proiecte de complexitate ridicată**.

De altfel, nici contestatoarea nu invocă prevederile legale încălcate de entitatea contractantă atunci când a stabilit pentru această procedură criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Consiliul nu va lua în considerare aserțiunile contestatoarei referitoare la restrângerea utilizării criteriului de atribuire reieșită din documentele „Strategia Europa 2020" a Comisiei Europene și "Strategia Națională în Domeniul Achizițiilor Publice", acestea vizând strategii europene și naționale în domeniul achizițiilor publice, implementate la nivel legislativ european prin Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achiziţiile efectuate de entităţile care îşi desfăşoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor şi serviciilor poştale şi de abrogare a Directivei 2004/17/CE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 94 din 28 martie 2014 și național prin Legea nr. 99/2016, care transpune în legislația românească Directiva 2014/25/UE.

Având în vedere că obiectul contractului de față îl reprezintă serviciile de curățenie stradală [măturare manuală și mecanizată, inclusiv rigole/elemente ale sistemului de evacuare ape pluviale, strângerea și evacuarea deșeurilor, golirea și spălarea coșurilor de gunoi, eliminarea vegetației dintre rosturi, ștergere/spălare elemente signalistică (panouri, indicatoare etc.)], deszăpezire, degivrare și transport zapadă, inclusiv punere la dispoziție substanțe/soluții degivrante, coduri CPV 90611000-3 – Servicii de curățenie stradală (Rev. 2), 90620000-9 – Servicii de deszpăezire (Rev. 2) și 90918000-5 – Servicii de curățare a coșurilor de gunoi (Rev. 2), și nu servicii care au ca obiect prestaţii intelectuale, de tipul celor prevăzute la art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 și art. 38 din HG nr. 394/2016, Consiliul nu identifică niciun motiv pentru care să oblige entitatea contractantă la modificarea creiteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, aplicat în această procedură de atribuire.

Prin urmare, în temeiul art. 22 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind «înlocuirea criteriului „prețul cel mai scăzut” cu criteriul „cel mai bun raport calitate-cost” sau „cel mai bun raport calitate-preț”».

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de COMPANIA ... SA, în contradictoriu cu ... SA, în calitate de entitate contractantă.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, să coreleze prevederile documentației de atribuire cu măsurile de remediere a modelului de contract, conform răspunsului la notificarea prealabilă, publicat în SEAP în data de 29.12.2017 ora 17:39.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi

poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 21 (douăzeci și una) pagini.