



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. 1267/C1/1277

Data: 27.07.2020

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., formulată de SC SRL cu sediul social în București....., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată prin administrator, împotriva adresei nr. 29441/24.06.2020 reprezentând comunicare rezultat procedură și a celorlalte acte subsecvente emise de către SC SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în strada Costăchescu Mihai, nr. 6, localitate, județul, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii de pază a obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecție a persoanelor ce aparțin SC din județele și Neamț” Cod CPV 79713000-5, respectiv pentru lotul 2 „Servicii de pază a obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecție a persoanelor la obiectivul Captare Țimișești din Județul Neamț, ce aparține, s-a solicitat anularea adresei nr. 29441/24.06.2020 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a celorlalte acte subsecvente și reanalizarea și reevaluarea ofertei declarată admisibilă și câștigătoare depusă de SC SRL, prin raportare la prevederile în vigoare în materia achizițiilor publice și în conformitate cu prevederile legale referitoare la respectarea obligațiilor salariale de plată, care sunt în sarcina oricărui angajator și declararea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea criteriului de atribuire.

Prin adresa nr. 9920/08.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27453/09.07.2020, SC SRL, cu sediul social în București, str. Vatra Dornei, nr. 11, bl. 18, sc. 2, et. 1, ap. 50, sector 4, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. J40/15513/2008, având cod unic de înregistrare, reprezentată prin reprezentant legal, formulează cerere de intervenție voluntară solicitând:

- respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată;

- menținerea raportului procedurii și a actelor subsecvente prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

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

Contestatorul susține că prin adresa nr. 29441/24.06.2020 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa, deși admisibilă, a fost declarată necâștigătoare, întrucât valoarea ofertei depuse de către SC SRL, respectiv 372.915,20 lei fără TVA, este mai avantajoasă din punct de vedere economic în raport cu oferta sa.

Totodată acesta apreciază că tariful ofertat de către SC SRL nu respectă legislația muncii și nu poate fi susținut din punct de vedere legal, acesta ofertând un preț nerealist, imposibil de justificat în mod legal.

Contestatorul precizează că, potrivit Hotărârii nr. 935/2019, începând cu data de 1 ianuarie 2020, 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 2.230 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând 13,327 lei/oră.

În continuare, contestatorul aduce critici la oferta depusă de ofertantul câștigător referitor la acordarea sporului de noapte, de weekend, de sărbători legale, la plata concediului de odihnă, fondului de

handicap, la cheltuielile directe și indirecte și la folosirea convențiilor încheiate conform Legii nr. 76/2002.

Astfel, cu privire la sporul de noapte, contestatorul precizează că oferta declarată câștigătoare nu respectă prevederile legale cu privire la calculul acestuia.

Invocând art. 126 din Codul Muncii, contestatorul susține că:

- Valoarea unei ore libere plătite este în suma de 13,33 lei/oră conform HG nr. 935/2019

- Valoarea de 13,33 lei/zi a fost calculată ținând cont de faptul că zilnic conform planificării și repartizării agenților de securitate în postul de pază 24/24 ore, un agent de securitate va efectua cel puțin 3 ore de muncă de noapte având astfel dreptul la o oră liberă plătită.

Prin urmare, rezultă valoare/zi/ora liberă plătită - 13.33 lei, respectiv $365 \text{ zile} \times 13,33 \text{ lei/ora} = 4.865,45 \text{ lei}$.

Cu privire la sporul de weekend, contestatorul invocând art. 137 din Codul Muncii și Contractul colectiv de muncă încheiat la nivelul unității și avizat de ITM, potrivit căruia cuantumul acestui drept este stabilit la valoarea de 1 leu/lună/salariat, reiese următorul calcul:

$365 \text{ zile} \times 24 \text{ ore} = 8.760 \text{ ore}$

$8.760 \text{ ore} : 167,333 \text{ ore/agent} : 12 \text{ luni} = 4,362 \text{ agenți}$

$4,362 \text{ agenți} \times 1 \text{ leu/luna} \times 12 \text{ luni} = 52,35 \text{ lei/an}$.

Cu privire la acordarea sporului de sărbători legale, contestatorul precizează că potrivit art. 142 din Codul Muncii, acesta este de 100%, anul având 15 zile/an libere, rezultând o valoare de 4.798,00 lei.

Însă, având în vedere că au fost stabilite prin codul muncii un număr de 9 zile declarate sărbători legale în perioada 01.09.2020 - 31.08.2021, contestatorul la obținerea valorii menționate în nota de fundamentare s-a raportat la această prevedere legală în vigoare la momentul depunerii ofertei astfel că a rezultat o valoare de 4.798,80 lei reprezentând suma pe care o suportă din punct de vedere financiar pentru acoperirea cheltuielilor cu respectarea acestui drept prevăzut de codul muncii, respectiv:

$13,33 \text{ lei} \times 15 \text{ zile} \times 24 \text{ ore} = 4.798,80 \text{ lei}$.

Cu privire la plata concediului de odihnă, contestatorul susține că nici prevederile legale, respectiv art. 144, 145 și art. 15 Codul Muncii nu au fost respectate de ofertantul declarat câștigător.

Din punctul său de vedere acest spor s-ar calcula astfel:

$2.230 \text{ lei/lună} : 12 \text{ luni} = 185,83 \text{ lei/lună/agent}$

$185,83 \text{ lei} : 167,333 \text{ ore/ag/lună} = 1,11 \text{ lei/oră}$

$1,11 \text{ lei/oră} \times 8.760 \text{ ore/an} = 4.798,80 \text{ lei}$.

Cu privire la plata fondului de handicap, invocând prevederile OUG nr. 60/2017 privind modificarea și completarea Legii nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, contestatorul ajunge la următorul raționament:

1 angajat x 167,333 ore/lună x 13,33 lei/oră x 4% = 89,22 lei/lună reprezintă suma ce trebuie achitată către bugetul de stat constituind fondul de handicap pentru fiecare angajat conform prevederilor legale;

89,22 lei : 167,333 ore/agent/lună = 0,53 lei/oră

0,53 lei/oră x 8.760 ore rezultând o valoare de 4.642,80 lei.

Totodată, contestatorul precizează că ofertantul declarat câștigător nu a prevăzut în fundamentarea prețului ofertat cheltuielile directe și indirecte, descrise în Ordinul Ministerului Finanțelor nr. 1826, pentru aprobarea Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune.

Acesta apreciază că valoarea contabilă a cheltuielilor indirecte prinse în fundamentarea tarifului ofertat de câștigător este zero, în cuprinsul lor negăsindu-se costuri de regie aferente acestui contract (de exemplu, amortizarea activelor societății, servicii de contabilitate a firmei ori alte servicii), ci doar cheltuieli directe, repartizate pe fiecare agent/oră.

Prin urmare, consideră că s-a ofertat un preț lipsit de fermitate, construit în contradicție cu prevederile legale, cu dispozițiile caietului de sarcini, ofertantul declarat câștigător neputând justifica tariful propus.

Astfel, că, prin necuprinderea în oferta financiară a tuturor costurilor, contestatorul apreciază că oferta trebuia declarată neconforma în temeiul art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Referitor la fundamentarea prețului în baza convențiilor încheiate conform Legii nr. 76/2002, contestatorul susține că pentru a putea fi luate în calcul aceste convenții se impunea verificarea unor aspecte de autoritatea contractantă, respectiv:

- dacă convențiile utilizate de acest ofertant acoperă întreaga perioadă de derulare a contractului care face obiectul prezentei proceduri;

- dacă ofertantul a luat în calcul valoarea convențiilor invocate de la data estimată de începere a contractului care face obiectul prezentei proceduri, respectiv 01.09.2020.

Contestatorul consideră că aceste aspecte nu au fost verificate de către autoritatea contractantă.

Totodată, precizează faptul că dispozitivul de pază care face obiectul prezentei proceduri se află în municipiul Neamț iar persoanele invocate de ofertant a fi folosite pentru ducerea la îndeplinire a contractului ar trebui să aibă domiciliile fie în municipiul Neamț.

Totodată, dacă persoane invocate de ofertant pentru care beneficiază de prevederile Legii nr. 76/2002, nu au domiciliul acolo unde se află dispozitivul de pază, respectiv în județul NEAMȚ se impuneau a fi respectate de către ofertant dispoziției art. 44 Codul muncii.

În aceasta situație, se impunea ca ofertantul declarat câștigător să includă în cadrul tarifului ofertat și cheltuieli prevăzute de legislație referitoare la „delegarea personalului”.

Ofertantul câștigător avea obligația de a prezenta de asemenea și extrasul din Revisal/salariat prin care dovedește că persoanele propuse sunt încă angajate ale ofertantului, pentru fiecare persoană propusă în parte.

Totodată, trebuiau prezentate și Declarație de disponibilitate pentru persoanele propuse pentru deplasarea acestora de la adresa de domiciliu a fiecăruia la adresa unde sunt localizate obiectivele de pază respectiv în jud. Neamț.

Contestatorul consideră că se impunea verificarea de către autoritatea contractantă a valabilității convențiilor prezentate de ofertant atât timp cât perioada pentru care se atribuie contractul care face obiectul prezentei proceduri este de 12 luni iar convențiile se încheie pentru o perioadă de 12 luni și verificarea modului de calcul a sumei invocate în susținerea tarifului ofertat raportată la perioadă de valabilitate a convenției/convențiilor utilizate de ofertant, respectiv art. 85 din Legea nr. 76/2002.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23292/15.06.2020, contestatorul a depus în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206356514/1, tranzacția nr. 985281395/1751631572, din data de 30.06.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala Vaslui, în valoare de 7.459,00 lei, constituită de, pentru dosarul CNSC nr. 1277/2020.

Prin adresa nr. 31219/01.07.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 26220/01.07.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație solicitând respingerea contestației ca nefondată.

Susține că a finalizat procesul de evaluare a celor șase oferte depuse pentru lotul 2 din cadrul procedurii, prin intermediul comisiei de evaluare a ofertelor, în data de 24.06.2020 prin întocmirea și semnarea raportului procedurii nr. 29437, acesta fiind postat în SEAP atașat anunțului de participare anticipat.

Entitatea contractantă susține că în raportul procedurii sunt descrise toate etapele procedurii de achiziții desfășurat în vederea încheierii contractului.

Entitatea contractantă susține că motivele invocate în contestație sunt speculative având rolul de a bloca prezenta procedură de achiziție.

Totodată precizează că din raportul procedurii se poate observa că au fost solicitate justificări de preț în cazul în care valoarea totală avea un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu valoarea estimată și prețurile pieței.

Entitatea contractantă mai adaugă faptul că oferta declarată câștigătoare, respectiv oferta operatorului SC SRL, corespunde tuturor cerințelor impuse prin caietul de sarcini.

Dat fiind faptul că operatorul contestator a solicitat studierea dosarului achiziției, Consiliul prin adresa nr. 27432/1277/C1/09.07.2020, i-a solicitat operatorului SC SRL, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”.

Prin adresa nr. 27453/09.07.2020, operatorul SC SRL, declarat câștigător, transmite cerere de intervenție voluntară solicitând Consiliului respingerea ca nefondată a contestației.

Intervenientul consideră criticile contestatorului nefondate, susținând faptul că entitatea contractantă a verificat conformitatea ofertei sale, folosind instrumentele juridice prevăzute de legislația în materie, entitatea contractantă fiind singura în măsură de a stabili și desemna oferta câștigătoare prin raportare la prevederile Legii nr. 99/2016, în privința criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Totodată, precizează tariful ofertat nesubvenționat este superior celui simulat (exemplificat) de către contestator, criticile aduse ofertei sale nu sunt motivate în concret, pertinent și util în cauză întrucât acestea se limitează numai la o simplă enumerare a unor dispoziții legale fără o critică directă și reală; tariful ofertat cuprinde toate elemente tarifare, fiind întocmit conform modelului de formular al autorității contractante iar fundamentarea tarifului s-a efectuat în concordanță cu HG nr. 935/2019 precum și raportat la legislația muncii în ceea ce privește sporurile cu caracter obligatoriu, indemnizația de concediu de odihnă, precum și sporurile negociate prin CIM (spor de weekend).

În privința sporului pentru persoane cu handicap, intervenientul susține că a demonstrat că are angajate persoane cu handicap raportat la numărul de angajați așa cum prevede Legea nr. 448/2006, modificată prin OUG nr. 60/2017.

Referitor la subvenționarea personalului intervenientul aduce următoarele precizări:

Prin adresa nr. 26811/11.06.2020 i-au fost solicitate clarificări la care a răspuns prin adresa nr. 9769/11.06.2020, lămurind prin răspunsurile la clarificările solicitate de către entitatea contractantă toate aspectele solicitate aducând în susținere și documentele solicitate.

Totodată, precizează că a menționat în detaliu în cadrul propunerii financiare detalierea amănunțită a tuturor cheltuielilor sau altor elemente, cu respectarea legislației în vigoare.

Având în vedere că potrivit art. 222 alin. (2) alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016 actualizată, prevede în mod explicit, ofertantul poate beneficia de ajutor de la stat, intervenientul susține că singura în măsură să stabilească dacă, răspunsurile sale sunt satisfăcătoare, este entitatea contractantă tot ea fiind și aceia care poate stabili în baza informațiilor și documentelor prezentate, dacă poate executa contractul de prestări servicii, în bune condiții conform cu cerințele din documentație și criteriului de atribuire conform la prevederile legii nr. 99/2016.

Prețul total întocmit este în conformitate cu prevederile legale în materie de legislația muncii cât și obligațiile fiscale, indicând în susținere nota de fundamentare tarif a ofertei sale și răspunsul la clarificări.

Toate elementele din nota de fundamentare au fost calculate la salariul/lună/agent și implicit conform cerințelor din documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 9928/09.07.2020, operatorul SC SRL răspunde solicitării Consiliului susținând în continuare că propunerea tehnică și propunerea financiară sunt confidențiale întrucât sunt documente specifice/propriei modului de organizare a activității din punct de vedere tehnic și financiar pe care o desfășoară.

Propunerea tehnică cuprinde documente cu date cu caracter personal ce sunt supuse cerințelor de protecție formulate în RGPD.

Totodată, precizează că atâta timp cât organismul responsabil cu soluționarea căii de atac dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, acesta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire, astfel încât să fie asigurată menținerea concurenței loiale.

În cazul de față, calea de atac fiind formulată împotriva actului autorității contractante, iar societatea sa este un terț față de acest litigiu ale cărui informații sunt în pericol a fi dezvăluite.

Prin adresa nr. 27839/1277/C1/10.07.2020, Consiliul transmite contestatorului termenul de studiu al dosarului achiziției și implicit de depunere a concluziilor scrise, în urma căruia contestatorul a studiat dosarul achiziției în data de 13.07.2020.

Prin adresa nr. 949/13.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 28211/14.07.2020, contestatorul depune concluzii scrise prin care menține cele susținute în contestație.

Astfel, acesta consideră că SC SRL în calculația tarifului ofertat își fundamentează toate calculele utilizând un număr de 4,36 agenți de pază/post de pază invocând printre altele faptul că nu se vor efectua ore suplimentare.

Referitor la acest aspect invocă prevederile HG nr. 935/2019 conform cărora norma legală de lucru lunară/agent este de 167,333 ore.

Însă, autoritatea contractantă prin documentația de atribuire a solicitat efectuarea unui număr de 26.280 ore, și prin urmare rezultă că

cei 4,36 agenți /post de pază invocați de ofertantul SC SRL nu pot acoperi integral numărul de ore solicitat de autoritatea contractantă pentru prezenta procedură, după cum urmează:

4,36 agenți de pază/post de pază x 167,333 ore/lună (normă legală de lucru) x 12 luni (perioada contractuală) x 3 posturi de pază = 26.264,58 ore.

Prin urmare, rezultă o diferență de 15,42 ore neacoperite și care vor face obiectul orelor suplimentare, (26.280 ore – 26.264,58 ore = 15,42 ore), ore ce nu sunt cuantificate în calculația de preț ofertată.

În continuare, susține în continuare că modul de calcul al concediului de odihnă este eronat și diminuat artificial prin utilizarea unui număr de agenți de securitate care nu acoperă integral orele totale aferent contractului care face obiectul prezentei proceduri, reiterând modul de calcul exemplificat în contestație.

Referitor la fondul de handicap, contestatorul susține că ofertantul declarat câștigător în fundamentarea prețului nu a menționat/evidențiat niciunde plata fondului de handicap.

Contestatorul mai susține că nu au fost incluse în calcul cheltuielile directe descrie în Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr. 1826/2003.

Totodată, contestatorul precizează că valorile totale enunțate de acest ofertant în calculația de preț din anexa la fundamentarea de ofertă și respectiv în formularul de ofertă nu corespund, astfel în calculația de preț este menționată suma de 372.913,20 lei iar în centralizator și în formularul de ofertă este susținută suma de 372.915,20 lei.

Referitor la folosirea convențiilor în fundamentarea tarifului ofertat de către SC SRL, contestatorul precizează că în urma studierii dosarului achiziției nu s-a regăsit niciunde asumat de acest ofertant faptul că agenții din convenții pentru care beneficiază de prevederile Legii nr. 76/2002 și pe care i-a invocat în susținerea tarifului ofertat în cadrul prezentei proceduri vor fi folosiți pentru ducerea la îndeplinire a contractului care face obiectul prezentei proceduri.

Acesta subliniază faptul că agenții de securitate invocați, aferenți convențiilor prezentate în fundamentarea/diminuarea tarifului ofertat de SC SRL sunt angajați ai ofertantului în cauză din luna octombrie 2019, de unde rezultă faptul că aceștia nu au fost angajați pentru contractul care face obiectul prezentei proceduri.

Prin urmare, se impunea verificarea de către entitatea contractantă dacă agenții de pază beneficiari ai prevederilor Legii nr. 76/2002 invocați de ofertant în reducerea tarifului ofertat sunt încă angajați ai ofertantului, având în vedere faptul că contractele individuale de muncă ale acestora sunt încheiate în luna octombrie 2019.

Contestatorul precizează faptul că subvențiile obținute în baza Legii nr. 76/2002 sunt acordate lunar sub condiția păstrării calității de angajat a persoanelor în cauză și sub condiția asigurării de către angajator a efectuării normei legale de muncă de către angajații în cauză.

Totodată, contestatorul consideră că ofertantul declarat câștigător invocă în reducerea tarifului ofertat sumele aferente subvențiilor pentru o perioadă de 5 luni, după data de 01 septembrie 2020, data estimată de entitatea contractantă pentru începerea contractului și pe cale de consecință, în opinia sa, invocă sume viitoare, incerte, care sunt sub condiție potestativă.

Contestatorul subliniază faptul că atât în atestatele prezentate pentru agenții de securitate invocați a fi beneficiari ai Legii nr. 76/2002 cât și în convențiile prezentate încheiate conform Legii nr. 76/2002, respectiv în anexele acestora, numele și prenumele persoanelor în cauză nu sunt vizibile, entitatea contractantă având obligația de a verifica dacă persoanele propuse sunt aceleași persoane pentru care ofertantul invocă că beneficiază de prevederile Legii nr. 76/2002.

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

SC APAVITAL SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii de pază a obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecție a persoanelor ce aparțin SC din județele și Neamț” cod CPV 79713000-5, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1065403/18.03.2020, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 3.596.104,00 fără TVA, valoarea pentru lotul 2 fiind de 477.770,40 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. 27453/07.07.2020, 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.

Având în vedere 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 lotului 2 al procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC SRL, astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Prin declarația de confidențialitate aflată la fila 384 din vol. 2 al dosarului cauzei, SC SRL menționează: „1. *Oferta tehnică integral și documentele aferente; 2. Oferta financiară integral și documente aferente: formular de ofertă, fundamentare preț, centralizator, anexe, răspunsuri la clarificări, convenții, tabele, anexe, corespondența cu autoritatea contractantă etc. Subsemnatul, declar că aceste documente au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală (...).*”

Având în vedere aceste aspecte, coroborat cu solicitările contestatorului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, care dispun în mod expres și imperativ faptul că: „*La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală*”, CNSC a solicitat SC SRL prin adresa nr. 27432/1277/C1/09.07.2020 să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, respectivul ofertant a răspuns prin adresa nr. 9925/09.07.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 27572/09.07.2020, potrivit căreia propunerea sa tehnică și propunerea financiară au fost declarate confidențiale întrucât sunt documente specifice/proprii modului de organizare a activității din punct de vedere tehnic și financiar pe care o desfășoară iar propunerea tehnică cuprinde documente cu date cu caracter personal ce sunt supuse cerințelor de protecție formulate în RGPD.

La acest răspuns generalist, ofertantul în cauză nu a administrat niciun mijloc de probă prin care să se demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

Analizând răspunsul SC SRL, CNSC a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

Procedând la analiza contestației formulate, se reține că SC SRL critică modul de evaluare a ofertei clasate pe locul 1 și desemnate câștigătoare pentru lotul 2 respectiv SC SRL, apreciind că propunerea financiară a acestuia conține prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate, motiv pentru care Consiliul va analiza această ofertă prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și la prevederile legislației specifice în domeniu.

Astfel, în Fișa de date **pct. IV.4.2** la „Modul de prezentare al propunerii financiare”, se menționează următoarele:

„Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile cu privire la preț, precum și la alte condiții financiare și comerciale legate de obiectul contractului de achiziție publică. Propunerea financiară va fi fermă pe toată perioada de valabilitate a ofertei, exprimată în lei fără TVA.

Ofertantul va respecta cerințele impuse în documentația de atribuire privind modul de prezentare al propunerii financiare.

Ofertanții vor completa și depune Formularul nr. 5 și Formularul nr. 6 și anexa la formularul de ofertă calculație de preț pentru tarif unitar ofertat din secțiunea „Formulare și modele documente”.

De asemenea, Consiliul reține că entitatea contractantă a stabilit în caietul de sarcini aferent lotului 2 următoarele cerințe:

„Lotul II - servicii de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor ce aparțin SC, din jud. Neamț.

1. *Obiectul contractului: servicii de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor pentru obiectivul „Captare Țimișești” din Județul Neamț, ce aparține SC*

2. *Durata contractului este de 1 an, începând cu data de 09 Septembrie 2020 până la data de 08 Septembrie 2021 inclusiv.*

3. *Date tehnice:*

Serviciile de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor se solicită pentru un număr de trei obiective care sunt amplasate pe raza comunei Țimișești și se întind pe o suprafață de 5.620 m între satele Plăieșu - Țimișești - Zvornești, jud. Neamț, pentru care sunt necesare 3 posturi de pază după cum urmează:

- 3 posturi de pază x 24 ore x 365 zile = 26.280 ore/an: Total 3 posturi de pază = 26.280 ore/an;

Numărul de posturi necesare și amplasarea acestora:

1. Captare Țimișești - 1 = 1 post de pază înarmat, mobil 24 ore / 24 ore;

2. Captare Țimișești - 2 = 1 post de pază înarmat, mobil 24 ore / 24 ore;

3. Captare Țimișești - 3 = 1 post de pază înarmat, mobil 24 ore / 24 ore;

4. Cerințe generale obligatorii (eliminatorii):

- personalul de pază să fie dotat corespunzător cu uniformă și însemne distinctive, mijloace tehnice de comunicare (stație radio), mijloace tehnice de apărare (baston tonfă, spray lacrimogen), mijloace de alarmare și semnalizare (fluier, lanternă);

- dotarea cu armamentul și muniția aferentă pentru personalul de la posturile înarmate (societatea specializată de pază și protecție trebuie să prezinte o declarație pe proprie răspundere prin care își asumă ca, în situația în care va fi declarată câștigătoare, ulterior semnării contractului, va dota cu armamentul și muniția aferentă personalul conform planurilor de pază aprobate de structura de ordine publică din cadrul organului de politie competent);

Ofertantul va prezenta Declarație pe propria răspundere privind resursele tehnice solicitate.

5. Ofertantul va avea în mod obligatoriu sediul sau filială în Județul Neamț sau Iași.

6. Ofertantul va prezenta în mod obligatoriu, reprezentantului legal al Achizitorului, următoarele:

- un tabel cu numele și datele de identificare ale întregului personal desemnat să asigure paza, protecția și intervenția la obiectivele stabilite prin caietul de sarcini, în termen de 3 (trei) zile lucrătoare de la semnarea contractului și să actualizeze aceste informații ori de câte ori va apărea necesitatea, în maximum 3 (trei) zile lucrătoare de la data producerii modificării;

- copii după atestatele profesionale și cazierul persoanelor desemnate să asigure paza, protecția și intervenția la imobilele/obiectivele specificate mai sus, la semnarea contractului, dar nu mai târziu de 5 zile lucrătoare de la semnarea contractului. Aceste informații vor fi actualizate ori de câte ori este necesar, la înlocuirea personalului”.

Din interpretarea cerințelor mai sus iterate, rezultă că achizitorul solicită ofertanților fundamentarea legală a tarifelor orare pentru serviciile de pază oferite, ofertanții depunând în acest sens calculații ale tarifelor pentru a justifica cuantumul acestora. În acest sens se va întocmi de către ofertant Formularul 6 și anexa la formularul de ofertă. La ofertarea prețului/oră/post se vor lua în calcul toate cheltuielile impuse de legislația în vigoare cu privire la personalul salariat (salariul minim pe economie pentru un agent de pază calificat, sporul pentru munca prestată, plata contribuțiilor la stat etc.), precum și cheltuielile directe/indirecte necesare îndeplinirii contractului .

Conform prevederilor art. 1 alin. (1) și (2) din HG nr. 935/2019: *„(1) Începând cu data de 1 ianuarie 2020, 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 2.230 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând 13,327 lei/oră. (2) Prin excepție de la prevederile alin. (1), începând cu data de 1 ianuarie 2020, pentru personalul încadrat pe funcții pentru care se prevede nivelul de studii superioare, cu vechime în muncă de cel puțin un an în domeniul studiilor superioare, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, fără a include sporuri și alte adaosuri, se stabilește la suma de 2.350 lei lunar, pentru un program normal de lucru de 167,333 ore în medie pe lună, reprezentând 14,044 lei/oră”.*

Prin urmare ofertanții aveau obligația de a detalia și include în cadrul propunerilor financiare raportat la salariul minim pe economie toate sporurile legale (spor de noapte, spor de weekend, sărbători

legale, ore suplimentare) precum și cheltuielile directe (mijloacele tehnice de apărare și de protecție cu care este dotat, uniforme, spray iritant lacrimogen, baston de cauciuc, lanternă și telefon mobil sau radiotelefon) și indirecte inclusiv fondul de handicap și cota de profit.

Or, din analiza centralizatorului aferent propunerii financiare aparținând SC SRL, Consiliul constată următoarele:

SC SRL a oferit la lotul 2 un preț total de **372.915,20 lei** pentru un număr de 26.280 ore, având un tarif de **14,19 lei/oră**. Acest tarif s-a datorat deducerii unei subvenții în cuantum de 69.379,20 lei acordată în baza a „7 convenții” cu explicația:

„7 convenții x 5 luni x 2.250 = 78.750 din care s-au folosit 69.379,20 lei

16,83 x 26.280 ore = 442.292,40 lei

442.292,40 lei - 69.379,20 lei = 372.913,20/26.280 = 14,19 lei/oră”.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că, apreciind drept „neobișnuit de scăzut” prețul oferit de intervenient pentru lotul 2, entitatea contractantă a transmis SC SRL adresa nr. 26811/11.06.2020 (pag. 274 din vol. 1 al dosarului cauzei) prin care i-a solicitat acestuia, în baza art. 222 din Legea nr. 99/2016, să transmită „justificări însoțite de **dovezi concludente** referitoare la posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat (convențiile încheiate cu AJOFM)”.

La această solicitare, SC SRL a răspuns prin adresa nr. 9769/11.06.2020 (pag. 266 din vol. 1 al dosarului cauzei), la care a atașat următoarele înscrisuri:

- convenția nr. 85/06.03.2020 încheiată de către SC SRL cu Agenția Municipală pentru Ocuparea Forțelor de Muncă București privind încadrarea pe perioadă nedeterminată a unui număr de 13 șomeri în vârstă de peste 45 de ani, înregistrați în evidențele agenției (pag. 267-268 din vol. 1 al dosarului cauzei);

- Dispoziția Agenției Municipale pentru Ocuparea Forțelor de Muncă București nr. 85, potrivit căreia începând cu data de 06.03.2020, angajatorul SC SRL beneficiază din Bugetul Asigurărilor pentru Șomaj conform convenției nr. 85/06.03.2020 de subvenționarea locurilor de muncă pentru un număr de 13 șomeri (...);

- anexa la convenția nr. 85/06.03.2020, constând într-un tabel nominal cu persoanele încadrate în muncă, în care sunt ilizibile coloanele aferente numelui și prenumelui, codului numeric personal și semnăturii celor 13 persoane.

Dovada că societatea intervenientă beneficiază de ajutor de stat pentru agenții pe care îi va folosi în cadrul contractului ce se va încheia, s-a impus deoarece acest ajutor se acordă, potrivit prevederilor Legii nr. 76/2002, în mod individual și nu poate profita altora, deoarece ajutorul obținut de angajator poate fi aplicat pentru contractul de servicii de pază

unde prestează salariatul serviciile în cauză, calculul efectuându-se pe agent și nu asupra sumei globale.

Anexa la convenție ce prevede tabelul nominal cu persoanele încadrate în muncă trebuie confruntată cu lista de persoane declarate de ofertant că vor îndeplini contractul (aceasta impunându-se în vederea verificării sustenabilității propunerii), astfel încât, să se verifice dacă datele concordă iar oferta este reală și corectă. Ori, pe de o parte, persoanele din anexa la convenția nr. 85/06.03.2020 nu pot fi identificate datorită alterării datelor de identificare și, pe de altă parte, nu rezultă de nicăieri că angajații pentru care a beneficiat de subvenție/ajutor de stat constituie salariații care vor presta serviciile de pază în cadrul contractului licitat; nicăieri în propunerea tehnică, contestatorul nu își asumă că respectivii salariați coincid cu cei care vor asigura paza în acest contract, element vital pe care trebuia să îl analizeze autoritatea, prin prisma subvenției.

De asemenea, este relevant în soluționarea prezentei, faptul că acest ofertant justifică prețul neobișnuit de scăzut invocând „subvenții” în valoare de 69.379,20 lei în baza unei convenții încheiate cu **AJO FM - București** fără însă, a anexa niciun înscris prin care să dovedească disponibilitatea angajaților să presteze serviciile de pază la obiectivele din caietul de sarcini situate în **județul Neamț** și nici cheltuielile aferente delegării acestora, cheltuieli care ar fi trebuit să se regăsească în calculul tarifului ofertat de acesta având în vedere faptul că necesitatea autorității contractante pentru care acest operator economic a depus ofertă constă în prestarea serviciilor de pază în județul Neamț; de asemenea se constată că, în cadrul calculului tarifului nu se regăsesc nici costurile suplimentare aferente cheltuielilor de deplasare, cazare, diurnă, etc. Consiliul va reține că ofertantul nu poate uza de aceste convenții pe care le-a încheiat cu Agențiile pentru Ocuparea Forțelor de Muncă în toate procedurile de atribuire la care participă în justificarea unor prețuri aparent ofertate având în vedere faptul că societatea comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un singur ajutor, valoare

care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează respectivul salariat munca.

Ținând seamă de dispozițiile art. 44 din Codul Muncii care prevede că *„Delegarea poate fi dispusă pentru o perioadă de cel mult 60 de zile calendaristice în 12 luni și se poate prelungi pentru perioade succesive de maximum 60 de zile calendaristice, numai cu acordul salariatului. Refuzul salariatului de prelungire a delegării nu poate constitui motiv pentru sancționarea disciplinară a acestuia. Salariatul delegat are dreptul la plata cheltuielilor de transport și cazare, precum și la o indemnizație de delegare, în condițiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil”*, SC SRL ar fi trebuit să includă în cadrul tarifului ofertat și aceste cheltuieli; mai mult, necesitatea autorității contractante de a încheia contractul pe 12 luni, ar implica costuri suplimentare potrivit prevederilor legale antemenționate, cheltuieli care nu se regăsesc în cadrul notei de justificare a prețului.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, în verificarea justificărilor transmise, membrii comisiei de evaluare ar fi trebuit să țină cont de faptul că, potrivit prevederilor Legii nr. 76/2002 convențiile se încheie la sediul social al angajatorului și nu la domiciliul fiecărui angajat în parte, potrivit prevederilor art. 5 pct. IV¹ din Legea nr. 76/2002 *„șomer înregistrat - persoana care îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute la pct. IV și se înregistrează la agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își are domiciliul sau, după caz, reședința ori la alt furnizor de servicii de ocupare, care funcționează în condițiile prevăzute de lege, în vederea obținerii unui loc de muncă”* iar potrivit prevederilor art. 34 alin. (1) lit. d), alin. (3) lit. a) din același act normativ una din condițiile de a beneficia de șomaj este să fie *„înregistrați la agențiile pentru ocuparea forței de muncă în a căror rază teritorială își au domiciliul sau, după caz, reședința, dacă au avut ultimul loc de muncă ori au realizat venituri în acea localitate”* și de faptul că potrivit prevederilor art. 85 din același act normativ suma primită este pentru *„o perioadă de 12 luni, pentru fiecare persoană angajată din aceste categorii, (...), cu obligația menținerii raporturilor de muncă sau de serviciu cel puțin 18 luni”*.

Consiliul va reține că ofertantul nu poate uza de aceste convenții pe care le-a încheiat cu Agențiile pentru Ocuparea Forțelor de Muncă în toate procedurile de atribuire la care participă în justificarea unor prețuri aparent ofertate având în vedere faptul că societatea comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un singur ajutor, valoare care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează respectivul salariat munca.

De asemenea, din tabelul de fundamentare a propunerii financiare se reține că ofertantul în cauză a menționat în dreptul rubricii cheltuieli directe și indirecte doar un procent cumulat de 1% respectiv 1.452,86 lei, din care ar fi trebuit să susțină totalitatea cheltuielilor specifice

solicitate prin caietul de sarcini cum ar fi: mijloacele tehnice de apărare și de protecție cu care este dotat, uniforme, spray iritant lacrimogen, baston de cauciuc, lanterna și telefon mobil sau radiotelefon etc. În condițiile în care entitatea contractantă a avut în vedere la stabilirea valorii estimate un procent cumulat la aceste capitole de cheltuieli de 7% respectiv 10.145 lei (**vezi adresa nr. 11074/02.03.2020, pag. 000507 din dosarul achiziției**).

Conform prevederilor secțiunii 2.3 din **Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 1826 din 22.12.2003** pentru aprobarea Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune, care stipulează următoarele: „*Pentru calculul costurilor bunurilor, lucrărilor, serviciilor și al costurilor perioadei, cheltuielile înregistrate în contabilitatea financiară după natura lor se grupează în contabilitatea de gestiune astfel:*

- a) *cheltuieli directe;*
- b) *cheltuieli indirecte;*
- c) *cheltuieli de desfacere;*
- d) *cheltuieli generale de administrație,*

Cheltuielile directe sunt acele cheltuieli care se identifică pe un anumit obiect de calculație (produs, serviciu, lucrare, comandă, fază, activitate, funcție, centru etc.) încă din momentul efectuării lor și ca atare se includ direct în costul obiectelor respective.

Cheltuielile directe cuprind: costul de achiziție al materiilor prime și materialelor directe consumate, energia consumată în scopuri tehnologice, manopera directă (salarii, asigurări și protecția socială etc.), alte cheltuieli directe.

Cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei”.

Totodată, în stabilirea costurilor salariale, Consiliul reține că ofertantul declarat câștigător nu a inclus nici o contribuție la fondul de handicap și nici nu a justificat / probat neinclusiunea acestora, conform

dispozițiilor art. 78 alin. (2) și alin. (3) din **Legea nr. 448/2006** cu modificările și completările ulterioare (OUG nr. 60/2017), potrivit cărora:

„(2) Autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care au cel puțin 50 de angajați, au obligația de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de angajați.

(3) Autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condițiile prevăzute la alin. (2), plătesc lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap”.

Din interpretarea textului legal mai sus citat, rezultă că operatorii economici pot opta fie de a angaja persoane cu handicap în procent de cel puțin 4% din numărul total de salariați (în cazul SC – 727 persoane angajate declarate pe anul 2019) fie de a plăti o sumă lunară către bugetul de stat reprezentând salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu 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 propunerii financiare trebuie avut în vedere și o cotă de profit, în cazul propunerii financiare aparținând SC SRL acesta este de doar 0,5 % reprezentând 733,70 lei pe întregul contract respectiv 61 lei /lună, în comparație cu profitul de 3% avut în vedere de entitatea contractantă conform calculației de preț (adresa nr. 11074/02.03.2020 pag. 000507 din dosarul achiziției).

Prin urmare, în condițiile în care propunerea financiară este elaborată fără a avea în vedere toate costurile pe care le implică cerințele documentației de atribuire, este evident că ofertantul în cauză pentru a se încadra în propunerea financiară ofertată, 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.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care entitatea contractantă avea 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 în acest sens.

Raționamentul de mai sus se regăsește și în cadrul hotărârilor pronunțate de Curtea de Apel București **nr. 3926/2016**, **nr. 5192/2016** și **nr. 4533/2017** și de Curtea de Apel Timișoara **nr.**

3638/28.10.2016, prin care au fost menținute deciziile pronunțate de CNSC.

Consiliul apreciază ca fiind pe deplin justificată critica contestatorului privind necesitatea justificării tuturor elementelor componente ale prețului aparent neobișnuit de scăzut al ofertei câștigătoare deoarece oferta câștigătorului (372.915,20 lei conform raportului procedurii de atribuire) reprezintă doar 78,% din valoarea estimată a procedurii de 477.770,40 lei, față de oferta SC SRL fiind incidente prevederile art. 222 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, potrivit căroră *„în cazul unei oferte care are un preț sau cost aparent neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului sectorial/ acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, entitatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costul propus”*.

Astfel, așa cum s-a arătat mai sus, entitatea contractantă în etapa de analiză a fundamentării propunerilor financiare ar fi trebuit să țină cont de toate drepturile și obligațiile ce decurg din prevederile legale în vigoare, astfel încât operatorii economici să nu vicieze rezultatul procedurii prin reduceri de costuri/tarife orare/salarii pe fondul neachitării sau achitării din alte surse terțe a contribuțiilor aferente salariilor sau de a proceda la artificii financiare/matematice/rotunjiri de tarife unitare după bunul plac având la bază simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o posibilitate să finalizeze contractul indiferent prin ce mijloace; prin urmare, Consiliul apreciază că în etapa de verificare a ofertelor depuse, entitatea contractantă ar fi trebuit să dea dovadă de rigoare și să evalueze informațiile și documentele furnizate de ofertanți, pentru a se asigura de realitatea și sustenabilitatea acestora.

Orice decizie a entității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică 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. Anterior finalizării evaluării ofertelor, entitatea contractantă ar fi trebuit să stabilească cu exactitate dacă propunerile financiare depuse de ofertanți sunt reale și ferme, numai în urma obținerii și verificării detalierii prețurilor ofertate putând stabili conformitatea, sustenabilitatea, realitatea și corectitudinea formării acestora.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, potrivit art. 72 alin. (2) și art. 133 alin. (1) lit. h) din HG nr. 394/2016, verificarea propunerilor financiare depuse de ofertanți nu se limitează doar la simpla inventariere a prețurilor depuse și la solicitarea unei convenții, astfel cum a procedat SC APAVITAL SA ci este un proces laborios, constând în verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 222 din Lege și care să confere entității contractante certitudinea că prețul indicat în propunerea financiară cuprinde toate cheltuielile necesare executării contractului.

În încercarea de a oferta un preț cât mai scăzut, operatorii economici nu pot face reduceri de consumuri ca să conducă în mod implicit la reducerea costurilor, în condițiile în care entitatea contractantă a menționat în cadrul fișei de date că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Aplicând în mod corespunzător principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, Consiliul constată că, în lipsa unei solicitări de justificare/detafiere a prețurilor ofertate entitatea contractantă nu poate determina sustenabilitatea ofertelor.

Or, tocmai acesta ar fi fost rolul clarificărilor, 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. 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; clarificările de preț impunându-se cu atât mai mult, cu cât, chiar propriei calculații de preț entitatea contractantă a estimat un tarif minim de 18,18 lei/oră/agent (a se vedea adresa nr. 11074/02.03.2020, pag. 000507 din dosarul achiziției)

Prin urmare, Consiliul apreciază că entitatea contractantă ar fi trebuit să procedeze anterior finalizării evaluării ofertelor, la solicitarea de clarificări privind toate elementele de cost și 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, fermă și acoperă toate cerințele documentației de atribuire. Numai în urma obținerii și verificării detalierii prețului ofertat, entitatea

contractantă putea stabili realitatea și corectitudinea formării acestuia. Orice decizie a entității contractante 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.

Ținând cont de cele de mai sus, entitatea 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 12 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, entitatea 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.

În 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 Evropaiki 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 ca-re 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)“.

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, scop care nu a fost atins de către entitatea contractantă în prezenta procedură de atribuire datorită modului defectuos/ilizibil în care a transmis SC SRL comisiei de evaluare anexa la convenția încheiată cu Agenția Municipală pentru Ocuparea Forței de Muncă București și datorită lipsei solicitărilor de clarificări privind celelalte elemente constitutive aferente prețului ofertat.

Astfel, având în vedere considerentul 103 din cadrul Directivei 2014/24/UE: „Ofertele care par anormal de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile ar putea să se bazeze pe ipoteze sau practici necorespunzătoare din punct de vedere tehnic, economic sau juridic. Dacă ofertantul nu poate furniza o explicație suficientă, autoritatea contractantă ar trebui să aibă dreptul de a refuza oferta”, coroborat cu art. 69 alin. (1) din directivă :„Autoritățile contractante solicită operatorilor economici să explice prețul sau costurile propuse în ofertă, în cazul în care ofertele par a fi anormal de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile respective”, Consiliul stabilește că, în speța dedusă soluționării, autoritatea contractantă avea obligația de a

solicita ofertanților justificarea prețurilor ofertate prin raportare la toate cerințele documentației de atribuire.

În cadrul Hotărârii din 19 octombrie 2017, CJUE s-a pronunțat în cauza C-198/16 astfel:

„50 În acest sens, articolul 139 alineatul (1) din Regulamentul nr. 2342/2002 prevede că, dacă, pentru un anumit contract, ofertele par să aibă prețuri anormal de mici, înainte de a respinge ofertele în cauză numai din acest motiv, autoritatea contractantă solicită în scris detalii privind elementele constitutive ale ofertei pe care le consideră relevante și verifică aceste elemente constitutive, după audierea corespunzătoare a părților, ținând cont de explicațiile primite.

51 Astfel, această dispoziție stabilește obligația autorității contractante, în primul rând, de a identifica ofertele suspecte, în al doilea rând, de a permite ofertanților în cauză să demonstreze caracterul serios al acestora, solicitându-le precizările pe care le consideră oportune, în al treilea rând, de a aprecia relevanța explicațiilor furnizate de persoanele interesate și, în al patrulea rând, de a lua o decizie cu privire la admiterea sau la respingerea ofertelor menționate (a se vedea prin analogie Hotărârea din 27 noiembrie 2001, Lombardini și Mantovani, C 285/99 și C 286/99, EU:C:2001:640, punctul 55)”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini, de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 222 din Lege și de stabilirea a ofertelor admisibile, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. f), h) și k) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare, așa cum a fost efectuată de entitatea contractantă, nu respectă întocmai condițiile de rigurozitate impuse de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării propunerii financiare aparținând SC SRL sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu SC APAVITAL SA iar, pe cale de consecință, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, va anula raportul procedurii de atribuire în ceea ce privește lotul 2 și actele subsecvente și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației incidente și a motivării aferentă prezentei în termen de 15 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă SC SA iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, anulează raportul procedurii de atribuire în cea ce privește lotul 2 și actele subsecvente și obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, ap legislației incidente și a motivării aferentă prezentei în termen de 15 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, conform art. VIII alin. (4) din OUG nr. 114/2020.

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 22 (douăzecișidouă) pagini