CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 403/28.08.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35892/28.08.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO 26369533, împotriva documentației de atribuire și a adresei nr. 11902/24.08.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – organizate într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază”, s-a solicitat admiterea contestației, obligarea entității contractante la modificarea valorii estimate a achiziției, cu respectarea legislației în vigoare, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația nr. 403/28.08.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35892/28.08.2017, prin care ... critică documentația de atribuire întocmită de entitatea contractantă, respectiv valoarea estimată a achiziției, întrucât aceasta nu asigură o finanțare corectă a serviciilor ce urmează a fi prestate.

În continuare, contestatorul arată că prin anunțul de participare publicat în SEAP sub nr. ... din ..., entitatea contractantă a stabilit că

valoarea estimată a serviciilor de pază ce vor fi prestate în 4 posturi de pază, pe o perioadă de 12 luni, este de 588.380 lei fără TVA.

Astfel, împotriva documentației de atribuire, contestatorul arată că a formulat notificarea prealabilă nr. 393/21.08.2017, prin care a solicitat modificarea valorii estimate a achiziției, deoarece valoarea estimată publicată de entitatea contractantă nu asigură o finanțare corectă a serviciilor ce urmează a fi prestate, având în vedere următoarele dispoziții legale:

- H.G. nr. 1/2017 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată: *„începând cu data de 1 februarie 2015 salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, sumă stabilită în bani care nu include sporuri și alte adaosuri, se stabilește la 1.450 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 166 ore, în medie pe lună, în anul 2017, reprezentând 8,735 lei/oră";*
- Codul muncii, prin: art. 112 alin. (1) stabilește că *„durata normală a timpului de muncă este de 8 ore pe zi și 40 ore pe săptămână";*

art. 114 alin. (1) enunță că *„durata maximă legală a timpului de muncă nu poate depăși 48 ore pe săptămână, inclusiv orele suplimentare";*

art. 115 alin. (2) arată că *„Durata zilnică a timpului de muncă de 12 ore va fi urmată de o perioadă de repaus de 24 ore";*

art. 123 precizează că *„În cazul în care munca suplimentară nu poate fi compensată prin ore libere plătite în termenul prevăzut la art. 122, în luna următoare, munca suplimentară va fi plătită salariatului prin adăugarea unui spor la salariu corespunzător duratei acesteia. Sporul pentru munca suplimentară nu poate fi mai mic de 75% din salariul de bază";*

art. 125 și 126 arată că *„Munca prestată între orele 22-06 este considerată muncă de noapte, pentru munca prestată în timpul nopții, angajatorii sunt obligați să acorde un spor de 25 % din salariul de bază";*

art. 142 alin. (2) evocă că *„Pentru munca prestată în zilele de sărbătoare legală, acolo unde din motive justificate nu se poate acorda liber (*serviciile de pază fiind servicii cu caracter permanent) *salariații beneficiază de un spor la salariul de bază ce nu poate fi mai mic de 100% din salariul de bază";*

art. 150 alin. (1) și (3) evocă că *„Pentru perioada concediului de odihnă salariatul beneficiază de o indemnizație de concediu ce nu poate fi mai mică decât salariul de bază, indemnizațiile și sporurile cu caracter permanent. Indemnizația de concediu se plătește de către angajator cu cel puțin 5 zile lucrătoare înainte de plecarea în concediu".*

- O.U.G. nr. 60/2017 pentru modificarea Legii nr. 448/2006 privind protecția și promovarea persoanelor cu handicap, ce introduce obligativitatea *„angajatorilor care au peste 50 de salariați de a plăti contribuția de 4% raportată la numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap sau de a angaja persoane cu handicap".* În domeniul serviciilor de pază, angajarea persoanelor cu handicap fiind imposibilă, deoarece nu ar primi aviz de „apt medical", angajatorilor din acest domeniu rămânându-le obligativitatea de plată a contribuției începând cu data de 01.09.2017.

Contestatorul precizează că în susținerea legislației menționate, a prezentat entității contractante devize de calcul cu exemple clare ale costurilor pe oră/lună, respectând structura serviciilor de pază solicitate de aceasta în caietul de sarcini și anume: post de pază cu serviciu 24 ore, post de pază cu serviciu 12 ore, post de pază 16 ore L-V și 24 ore sâmbătă, duminică și sărbători legale, demonstrând că valoarea estimată de aceasta este insuficientă pentru susținerea financiară a serviciilor solicitate prin caietul de sarcini. O valoare estimată corectă, calculată la numărul de ore comunicat de entitatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă, ar fi de 596.769,40 lei, valoare ce nu include cheltuielile directe, cheltuielile indirecte și profitul pe care orice societate comercială trebuie să-l realizeze.

... arată și faptul că în răspunsul său, entitatea contractantă nu ține cont de cele prezentate, menționând că formarea prețului cu respectarea legislației în vigoare, rămâne obligația firmelor ofertante, împiedicând astfel operatorii economici ce nu sunt dispuși să încalce niciuna din prevederile legale care au stat la baza fundamentării valorii rezultate, să participe la procedura de atribuire, pentru că dacă ar oferta un preț corect, care să asigure serviciile în cuantumul enunțat, ar fi descalificați.

De asemenea, contestatorul precizează că entitatea contractantă este obligată să estimeze o valoare corectă a serviciilor contractate pe o perioadă de 12 luni, pentru care nu permite majorarea prețului, astfel că dacă vor interveni pe parcursul derulării contractului majorări salariale ordonate de Guvern, ar fi lezate interesele prestatorului de servicii.

Totodată, contestatorul susține că, în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, entitatea contractantă ar trebui să aibă în considerare faptul că ofertantul câștigător trebuie să constituie garanția de bună execuție în cuantum de 10% în termen de 5 zile de la semnarea contractului, acest fapt constituind pentru ofertantul câștigător un efort și o imobilizare suplimentară de resurse financiare.

Pentru aceste considerente, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, obligarea entității contractante la modificarea valorii estimate a achiziției, cu respectarea legislației în vigoare, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

În punctul său de vedere nr. 12358/01.09.2017, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 36847/01.09.2017, ... solicită respingerea contestației, pe excepție, ca fiind introdusă de o persoană care nu are calitatea de persoană vătămată și pe fond, ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Pe cale de excepție, entitatea contractantă invocă excepția lipsei calității de persoană vătămată a contestatorului, având în vedere următoarele aspecte:

- prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 stabilesc care sunt persoanele ce se pot adresa C.N.S.C. prin depunerea unei contestații, arătând că acest drept aparține oricărei *„persoane care se consideră vătămată”*;

- dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. (f) din Legea nr. 101/2016 care statuează că are calitatea de persoană care se consideră vătămată orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire și (ii) a suferit,

suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Față de considerentele expuse, entitatea contractantă apreciază că persoana care formulează o contestație, deși se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel, entitatea contractantă susține că pentru declanșarea unei proceduri de soluționare a contestației, trebuie să se urmărească atât asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvgardarea legii în general, cât și evitarea apariției unui prejudiciu.

... învederează faptul că operatorul economic ... nu îndeplinește în mod cumulativ cerințele sus-menționate și, prin urmare, nu are calitatea de persoană vătămată pentru a introduce această contestație, conform art. 3 alin. (1) lit. (f) din Legea nr. 101/2016 deoarece acesta nu îndeplinește condiția menționată la punctul (ii): *„a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice*”, după cum rezultă din cele expuse mai jos.

Entitatea contractantă precizează că la data când ... a trimis prin fax adresa nr. 393/21.08.2017, nu a fost înscris niciun participant, drept urmare acesta nu avea calitatea de participant la procedura de atribuire, respectiv nu avea calitatea de persoană care se consideră vătămată, respectiv nu îndeplinea cumulativ condițiile de la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, entitatea contractantă apreciază că în contestația nr. 403/28.08,2017, înregistrată sub nr. 12037, contestatorul nu face nicio referire la vreun prejudiciu pe care l-a suferit, suferă sau riscă să sufere, ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Pentru toate motivele arătate, entitatea contractantă solicită admiterea excepției invocate și respingerea contestației ca fiind introdusă de o persoană care nu are calitatea de persoană vătămată.

Pe fond, ... solicită respingerea contestației ca nefondată, pentru următoarele considerente:

- documentația de atribuire s-a elaborat cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale, conform art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii.

- documentația de atribuire a fost încărcată integral în SEAP împreună cu documentele-suport: declarația privind persoanele ce dețin funcții de decizie în cadrul entității contractante și datele de identificare ale acestora, strategia de contractare.

- valoarea estimată a achiziției, prevăzută în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției este de 588.380 lei fără TVA. Valoarea estimată a

contractului de servicii a fost stabilită cu respectarea prevederilor de la Cap. I secțiunea a 5-a paragraful 3 din Legea nr. 99/2016. Astfel, valoarea estimată a fost stabilită prin însumarea tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului de servicii, în urma studierii pieței, precum și a achizițiilor din anii anteriori și totodată ținând cont de H.G. nr. 1/2017 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, unde valoarea minimă lei/oră stabilită este de 8,735 lei/oră, contribuțiile privind plățile salariate (CAS, CASS, contribuții fond șomaj, contribuții fond de garantare), prevederile Codului Muncii referitoare la drepturile bănești ale salariaților.

Astfel, la stabilirea valorii estimate a achiziției, respectiv 588.380 lei, S.C. ... arată că a luat în calcul salariul de bază minim brut de 1.450 lei stabilit conform H.G. nr. 1/2017, prin care se prevede un număr de 166 ore în medie pe lună în anul 2017, reprezentând 8,735 lei/oră, la care s-au adăugat contribuțiile angajatorului (contribuții de asigurări sociale - 15,8%, asigurări sociale de sănătate - 5,2%, asigurări pentru șomaj - 0,5%, concedii și indemnizații de asigurări sociale de sănătate - 0,85%, asigurare pentru accidente de muncă și boli profesionale - 0,205% - CAEN 8010 - activități de protecție și gardă, contribuție la fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale - 0,25%, cu un total de 22,8% din tariful minim orar garantat în plată reprezentând 1,99 lei/oră. Prin însumarea componentelor sus-menționate, rezultă un tarif minim de 10,725 lei/oră. Prin urmare, înmulțind 46.180 ore cu 10,725 lei/oră rezultă suma de 495.280,50 lei. La această sumă se adaugă suma de 39.077,90 lei reprezentând contravaloarea serviciilor prestate pentru orele de noapte (14.600 ore) și contribuțiile angajatorului aferente acestor ore.

Referitor la sporul pentru sărbătorile legale, entitatea contractantă evocă prevederile art. 141 și 142 din Legea nr. 53/2003 (Codul Muncii) care prevăd că *„Salariaților care lucrează în unitățile prevăzute la art. 140, precum și la locurile de muncă prevăzute la art. 141 li se asigură compensarea cu timp liber corespunzător în următoarele 30 de zile. În cazul în care, din motive justificate, nu se acordă zile libere, salariații beneficiază, pentru munca prestată în zilele de sărbătoare legală, de un spor la salariul de bază ce nu poate fi mai mic de 100% din salariul de bază corespunzător muncii prestate în programul normal de lucru*". La estimarea valorii achiziției, s-a luat în considerare efectele prevederilor legale anterior indicate, rezultând o valoare de 19.822,58 lei.

Totalizând sumele anterior expuse, entitatea contractantă precizează că rezultă o valoare de 554.180,98 lei, reprezentând cheltuiala salarială aferentă prestării serviciului.

În continuare, entitatea contractantă evocă adresa nr. 393/21.08.2017, respectiv notificarea prealabilă a contestatorului, înregistrată cu nr. 11702/ 22.08.2017, care, după prezentarea a două exemple de devize, face următoarea precizare: *„Având în vedere numărul de ore ce se vor presta în perioada contractuală, respectând structura posturilor solicitată de dvs., rezultă un număr de 48.180 ore pentru posturile de pază cu program, adică o valoare estimată de 564.144,40 RON, valoare estimată ce nu include cheltuieli directe, cheltuieli indirecte și*

profit”, iar în cadrul contestației se precizează că *„o valoare estimată corectă calculată la numărul de ore comunicat de autoritatea contractantă (adică 46.180 ore) în Răspunsul la notificarea prealabilă ar fi de 596.769,40 lei, valoare ce nu include cheltuielile directe, cheltuielile indirecte și profitul pe care orice societate comercială trebuie să-l realizeze”.*

Astfel, entitatea contractantă menționează că apare o contradicție vădită în susținerile contestatorului, respectiv pentru un număr de 48.180 de ore, valoarea estimată de acesta este de 564.144,40 lei, iar pentru numărul de ore comunicat de aceasta de 46.180 de ore, valoarea estimată de contestator este de 596.769,40 lei.

Entitatea contractantă apreciază că prin evaluarea achiziției comunicată prin anunțul de participare simplificat publicat în S.E.A.P. cu nr. .../... și prin documentația de atribuire (fișa de date a achiziției) atașată anunțului, asigură o estimare corectă a contravalorii serviciilor ce urmează a fi prestate, luând în considerare și faptul că până la data și ora limită de depunere a ofertelor în SEAP (29.08.2017, ora 15), au depus oferte în SEAP 4 ofertanți, după cum reiese și din documentul „Lista participanților la procedură” publicat în SEAP în secțiunea „Procese verbale, declarații și rapoarte”, în baza prevederii art. 76 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește constituirea garanției de bună execuție, entitatea contractantă arată că aceasta nu are legătură cu evaluarea achiziției, neputând fi luată în calcul la estimarea costurilor pe care le implică achiziția de servicii, conform prevederii de la art. 45 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016.

Pentru toate motivele indicate și dezvoltate, ... solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 438/21.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 39695/21.09.2017, ... transmite răspunsul său la excepția invocată de entitatea contractantă prin punctul de vedere și prin care solicită respingerea respectivei excepții ca neîntemeiată, din următoarele considerente:

Contrar susținerilor entității contractante, contestatorul susține că are calitatea de persoană vătămată, astfel cum este definită de dispozițiile art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2006, pe care le citează, iar din analiza respectivului text de lege, rezultă că ... justifică legitimarea de a formula o notificare prealabilă și, ulterior, contestație, întrucât:

i) are interesul de a participa la procedura de atribuire, fiind un operator economic care desfășoară activități de pază și protecție și care îndeplinește criteriile rezultate din documentația de atribuire pentru a participa la procedura de achiziție publică;

ii) este o persoană juridică care riscă să sufere un prejudiciu, întrucât asumarea valorii estimate a achiziției, stabilită de către entitatea contractantă, ar obliga practic operatorii economici să-și asume din resurse proprii diferențele dintre prețul achiziției și costurile efective ale serviciului prestat, în caz contrar, activitatea acestuia încălcând legislația muncii (astfel cum s-a detaliat în contestație) și chiar legislația fiscală, prin derularea unor activități care ar implica costuri mai mari decât veniturile realizate.

Pe de altă parte, contestatorul arată că și entitatea contractantă a recunoscut calitatea sa de persoană vătămată, prin faptul că a dat curs notificării prealabile, transmițând un răspuns la aceasta.

Și nu în ultimul rând, contestatorul evocă faptul că interpretarea dată de către entitatea contractantă noțiunii de „persoană care se consideră vătămată”, ar echivala practic cu imposibilitatea ca anunțurile de participare să fie contestate, întrucât în această fază, operatorii economici interesați nu au calitatea de participanți efectivi la procedură, ci de persoane juridice care au vocația de participanți la procedură și care doresc să aplice la aceasta, fără a-și asuma încălcarea legii sau riscul de a suporta un prejudiciu.

Astfel, contestatorul susține că admiterea excepției invocate ar echivala cu o îngrădire a dreptului agenților economici de a semnala neregularitățile cuprinse în documentațiile de atribuire și solicită C.N.S.C. să aibă în vedere practica constantă a acestuia și a instanțelor de judecată, conform căreia contestațiile formulate în situații similare au fost admise (deciziile Consiliului nr. ... din 28.02.2017 și nr. ... din 05.05.2017, precum și sentința civilă nr. 1506/29.06.2017, anexate).

Concluzionând, ... solicită respingerea excepției lipsei calității de persoană vătămată, invocată de entitatea contractantă, ca neîntemeiată.

Prin adresa nr. 13673/25.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 40149/25.09.2017, ... transmite o completare la punctul său de vedere cu privire la contestația depusă, prin care arată că, așa cum rezultă și din documentele dosarului achiziției publice, respectiv din „Lista participanților la procedură” și din procesul-verbal al ședinței de deschidere (descărcare) DUAE și propuneri tehnice nr. 12231/30.08.2017, unul dintre ofertanți ce a depus (postat) în SEAP, DUAE și ofertă (propunere tehnică și financiară) este contestatorul ...

Astfel, entitatea contractantă arată că, în urma evaluării DUAE și a propunerilor tehnice și introducerii (bifării) în SEAP a DUAE și propunerilor tehnice admise, printre care și cea a contestatorului, a procedat la decriptarea prețurilor totale (valorilor totale) ale propunerilor financiare ale ofertelor admise, constatând că prețul total ce a fost criptat de contestator, este sub (nu depășește) valoarea estimată și comunicată prin documentația de atribuire și anunțul de participare.

Astfel, în baza punctului de vedere și luând în considerare respectiva completare, ... reiterează solicitarea de respingere a contestației ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază”, cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare simplificat nr. .../....

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de servicii este de 588.380 lei, fără TVA.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, ... a transmis entității contractante notificarea prealabilă nr. 393/21.08.2017, la care, aceasta a răspuns prin adresa nr. 11902/24.08.2017, arătând că nu este de acord cu respectiva solicitare.

Prin Încheierea nr. ..., C.N.S.C. s-a pronunțat asupra cererii ... de suspendare a procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației, respingând-o ca nefondată.

Procedând la soluționarea contestației formulată de către ..., prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”,* motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției invocată de către entitatea contractantă, raportat la prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

În soluționarea excepției, Consiliul are în vedere susținerile entității contractante, în referire la lipsa calității de „persoană vătămată” a contestației, motivat de faptul că, în opinia acesteia, nu are niciun interes în depunerea contestației, având în vedere faptul că ... nu a suferit sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act emis de entitatea contractantă, nefiind întrunite ambele condiții prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, pentru a deține calitatea de persoană care se consideră vătămată și care poate formula o contestație.

Având a se pronunța cu întâietate asupra excepției invocate în cauză (conform art. 26 alin. 1 din Legea nr. 101/2016), Consiliul va examina excepția invocată de entitatea contractantă, privind lipsa calității de persoană vătămată a contestatorului.

Consiliul are în vedere că, în condițiile precizate la art. 2 alin. (1) coroborate cu art. 3 alin. (1) lit. f din Legea nr. 101/2016, operatorul economic ce se consideră vătămat poate formula contestație, sub condiția cumulativă a prezentării interesului față de procedură și a indicării unui prejudiciu (chiar viitor):

„Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) act al autorității contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.

(…)

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".

Din examinarea documentelor depuse la dosarul achiziției publice, Consiliul reține că autorul contestației are un interes general în formularea unei contestații în procedură, fiind operator economic interesat de participarea la aceasta, existând probabilitatea ca în urma derulării procedurii de atribuire, oferta depusă de contestator să devină câștigătoare.

În consecință, Consiliul consideră că în cauză sunt întrunite condițiile de fond ale înaintării contestației, precizate la art. 3 alin. (1) lit. f)-(ii) din Legea nr. 101/2016, în sensul că ... a dovedit interesul formulării notificării prealabile și a contestației respective, decizia autorității contractante aducându-i un prejudiciu direct sau indirect.

Astfel, calitatea de persoană vătămată este îndeplinită de către contestator, ca una dintre condițiile de admisibilitate a contestației, cumulativ precizate de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f)-(ii) din Legea nr. 101/2016, respectiv: *„ii) a suferit, suferă sau <u>riscă să sufere</u> un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire*".

Totodată, calitatea procesuală și interesul nu pot fi raportate decât la dispozițiile art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ale art. 26 din aceeași lege, precum și la capetele de cerere din contestația formulată, acestea fiind de natură să justifice admisibilitatea acesteia.

Mai mult, Consiliul determină faptul că niciunde în legislația achizițiilor publice nu se impune o astfel de condiție în sarcina unui operator economic, respectiv *„emiterea unei corespondențe de solicitare a unor clarificări înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, nici după acest termen, prin depunerea unei oferte*", în practică constatându-se că sunt operatori economici care contestă conținutul unei documentații de atribuire fără a ajunge să depună ofertă în cadrul respectivei proceduri de atribuire, sau situația contrară, când nu contestă conținutul unei documentații de atribuire și depun ofertă în cadrul procedurii de atribuire.

Or, invocarea de către entitatea contractantă a acestui argument nu poate fi luat în considerare de către Consiliu, atâta timp cât legislația în materia achizițiilor publice nu impune o astfel de obligație în sarcina operatorilor economici interesați de participarea la o procedură de atribuire, ci doar raportarea la un anumit termen de contestare a conținutului documentației de atribuire, prezumându-se interesul pe care îl poate manifesta orice operator economic față de o procedură de atribuire.

În raport de cele precizate anterior, Consiliul respinge excepția lipsei de interes în formularea contestației, invocată de entitatea contractantă.

Pentru toate aceste considerente, Consiliul respinge excepția invocată de către entitatea contractantă, urmând a proceda la soluționarea, pe fond, a cauzei.

Analizând pe fond contestația formulată de ..., Consiliul constată că aceasta vizează prevederile documentației de atribuire, fiind criticată valoarea estimată a contractului de achiziție publică stabilită de entitatea contractantă ...

Raportat la acest aspect, Consiliul reține ca fiind relevante în cauză prevederile art. 14 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora "*Entitatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziţii sectoriale având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de entitatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opţiuni şi orice eventuale prelungiri ale contractului, menţionate în mod explicit în documentele achiziţiei sectoriale*".

Astfel, Consiliul are în vedere că entitatea contractantă ... inițiat o procedură de achiziție sectorială în vederea încheierii unui contract având ca obiect servicii de pază, pe o durată de 12 luni, fiind stabilite 6 posturi de pază, dintre care 4 permanente (24/24 ore), unul pentru 12 ore (între orele 7-19, în zilele lucrătoare și nelucrătoare și în sărbătorile legale) și unul între orele 15.30-7.30 în zilele lucrătoare și 24/24 ore în zilele nelucrătoare și în sărbătorile legale, totalizând un număr de 46.180 ore (așa cum a precizat entitatea contractantă în cuprinsul răspunsului la notificarea prealabilă nr. 11902/24.08.2017).

Prin urmare, ... este ținută de lege să estimeze valoarea contractului luând în considerare toate costurile pe care acesta le presupune și pe care, ulterior, le va suporta chiar ea prin plățile către prestator, iar ofertanții sunt nevoiți să se raporteze și la valoarea estimată, întrucât propunerea unui preț al ofertei cu depășirea acesteia poate avea drept consecință respingerea ofertei.

Sub acest aspect, Consiliul reține ca relevant faptul că în cuprinsul documentului intitulat "Strategia de contractare", înregistrat la entitatea contractantă cu nr. 11369/16.08.2017, este prevăzut că "Entitatea contractantă a stabilit valoarea estimată a contractului de servicii respectând prevederile de la cap. I. secțiunea a 5-a, paragraful 3 din Legea nr. 99/2016. Astfel, valoarea estimată a fost stabilită prin însumarea tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului de servicii, în urma studierii pieței, precum și a achizițiilor din anii anteriori".

În acest context, Consiliul are în vedere că, la stabilirea valorii estimate, entitatea contractantă a ținut cont de prevederile H.G. nr. 1/2017 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, unde este stabilită valoarea minimă de 8,735 lei/oră, contribuțiile privind plățile salariale (CAS, CASS, contribuții fond șomaj, contribuții fond de garantare) și prevederile legislației muncii privind drepturile salariale ale angajaților.

Astfel, se reține a fi pertinente susținerile entității contractante, exprimate în cuprinsul punctului de vedere nr. 36838/01.09.2017 potrivit cărora *"la stabilirea valorii estimate a achiziției, respectiv 588.380 lei, societatea noastră a luat în calcul salariul de bază minim brut de 1.450 lei,*

stabilit conform H.G. nr. 1/2017 prin care se prevede un număr de 166 ore în medie pe lună în anul 2017, reprezentând 8,735 lei/oră, la care s-au adăugat contribuțiile angajatorului (contribuții de asigurări sociale – 15,8%, asigurări sociale de sănătate – 5,2%, asigurări pentru șomaj – 0,5%, concedii și indemnizații de asigurări sociale de sănătate - 0,85%, asigurare pentru accidente de muncă și boli profesionale – 0,205% - cu luarea în considerare a cod CAEN8010 – activități de protecție și gardă, contribuție la fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale – 0,25%) , cu un total de 22,8% din tariful minim orar garantat în plată reprezentând 1,99 lei/oră. Prin însumarea componentelor sus-menționate rezultă un tarif minim de 10,725 lei/oră.

Prin urmare, înmulțind 46.180 ore cu 10,725 lei/oră rezultă suma de 495.280,50 lei. la această sumă se adaugă suma de 39.077,90 lei reprezentând contravaloarea serviciilor pentru orele de noapte și 19.822,58 corespunzătoare orelor pentru sărbătorile legale.

Totalizând sumele pe care le-am expus, rezultă o valoare de 554.180,98 lei reprezentând cheltuiala salarială aferentă prestării serviciului ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire".

Prin urmare, Consiliul constată că, la stabilirea valorii estimate, autoritatea contractantă a luat în considerare toate cheltuielile salariale, contrar celor susținute de contestator în cuprinsul contestației nr. 35892/28.08.2017.

Un argument suplimentar îl constituie faptul că, potrivit procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor (document regăsit la dosarul achiziției transmis de entitatea contractantă în virtutea prevederilor art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016), unul dintre ofertanții care au depus ofertă în cadrul procedurii este și ..., contestatorul din prezenta cauză, rezultând că acesta a reușit să întocmească o propunere financiară cu luarea în considerare a tuturor costurilor pe care le presupune prestarea în bune condiții a serviciilor ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, cu încadrarea în valoarea estimată stabilită de entitatea contractantă.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept anterior menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția lipsei calității de persoană vătămată în formularea contestației a ..., invocată de entitatea contractantă ...

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREŞEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
...	...	...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 12 (douăsprezece) pagini.