



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. 560/C1/464

Data: 06.04.2020

Prin contestația nr. 489/16.03.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 10471/17.03.2020, formulată de SC SRL cu sediul în sat, comuna, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO....., cu adresa de corespondență în, str., împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 548/06.12.2019, emis de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str., în cadrul procedurii simplificate proprii având ca obiect „.....”, cod CPV: 79713000-5, s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale, anularea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii, a proceselor verbale intermediare, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente.

- reevaluarea ofertelor conform cerințelor din documentația de atribuire și în conformitate cu prevederile legale;

- acces la dosarul achiziției în vederea depunerii de concluzii scrise.

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

În fapt contestatorul precizează că a participat la procedura simplificată proprie inițiată de autoritatea contractantă prin publicarea pe site-ul instituției a anunțului nr. 307/01.08.2019.

Urmare a admiterii a doua contestații depuse de contestator în prezenta procedură, ce au făcut obiectul dosarelor CNSC nr. 1884/2019 și nr. 2657/2019, autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 34/23.01.2020, prin care i-a solicitat prezentarea formularului privind determinarea tarifului orar ținând cont de aspectele Codului Muncii și de HG nr. 935/2020 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată (ce nu era în vigoare la data depunerii ofertelor).

Contestatorul susține că a răspuns solicitării prin adresa nr. 169/28.01.2020, menționând totodată faptul că fundamentarea tarifului a avut în vedere prevederile HG nr. 937/2018 privind stabilirea salariului minim brut pe țară, ce era în vigoare la data depunerii ofertelor.

De asemenea, susține că în data de 18.02.2020, autoritatea contractantă i-a trimis adresa nr. 95/18.02.2020, prin care i-a solicitat precizarea coeficientului de actualizare a prețului și modul în care s-a ajuns la acesta, în cazul în care contractul de achiziție publică ar fi semnat cu tariful orar de 15,29 lei/oră.

La această solicitare susține că a răspuns în data de 20.02.2020, prin adresa nr. 319.

În data de 09.03.2020 contestatorul precizează că autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 160 prin care oferta sa a fost: „respinsă, fiind neconformă în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. d), tariful orar ofertat nefiind în concordanță cu legislația actuală în domeniul salarizării”.

Contestatorul consideră că decizia comisiei de evaluare este nelegală, abuzivă, discriminatorie și luată în baza unei analize superficiale a ofertelor, sens în care solicită Consiliului să anuleze adresa

de comunicare a rezultatului procedurii, raportul procedurii, procesele verbale intermediare și toate actele subsecvente.

Contestatorul precizează că la momentul depunerii ofertelor, actul normativ în vigoare era HG nr. 937/2018 privind stabilirea salariului minim brut pe țară, salariu minim ce a fost luat în calcul pentru fundamentarea ofertei financiare depuse în cadrul procedurii.

Dat fiind faptul că procesul de evaluare al ofertelor a fost prelungit de nenumărate ori, salariul minim brut a fost modificat în această perioadă, prin publicarea în Monitorul Oficial a HG nr. 935/2019.

Atât timp cât a respectat toate prevederile legale aplicabile la data depunerii ofertelor, contestatorul consideră că respingerea ofertei sale pentru faptul că „tariful orar ofertat nu este în concordanță cu legislația actuală în domeniul salarizării” reprezintă un abuz din partea autorității contractante. Susține că decizia de declarare a ofertei sale ca neconformă nu are absolut nici un temei legal.

Contestatorul menționează că prin răspunsurile la solicitările de clarificări nu a modificat în nici un fel oferta financiară. Mai mult decât atât, precizează că a oferit autorității contractante o simulare privind actualizarea tarifului în cazul semnării contractului de achiziție publică, conform solicitării acesteia (neobișnuită de altfel).

Autoritatea contractantă, s-a rezumat în opinia sa la a declara oferta ca fiind neconformă, o încălcare evidentă a principiului transparenței statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care îi vatămă grav drepturile și interesele legitime de ofertant în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Declararea ofertei sale ca fiind neconformă în acest context, în temeiul unei interpretări pur speculative a legislației aplicabile din partea autorității contractante este una nejustificată, netemeinică și nelegală.

Contestatorul consideră că evaluarea ofertelor de către comisia de evaluare trebuie să se facă în baza cerințelor/criteriilor solicitate prin documentația de atribuire, nu la altele. Altminteri, activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjuncturală, subiectivă și arbitrară, comisia de evaluare putând să invoce orice fel de neconcordanță, chiar dacă ea nu își are vreun corespondent în documentația de atribuire.

Prin urmare, sancționarea ofertantei cu respingerea ofertei sale din cauza expusă, în opinia sa este rezultatul unui abuz de drept și al greșitei interpretări a dispozițiilor legale și a cerințelor fișei de date a achiziției.

Pentru toate aceste argument prezentate anterior, arată că drepturile și interesele sale legitime privind procedura de atribuire sunt în mod grav vătămăte de adresa autorității contractante nr. 160/09.03.2020.

Contestatorul susține că această vătămare nu poate fi înlăturată decât prin:

1. anularea adresei autorității contractante nr. 160/09.03.2020;

2. anularea deciziei comisiei de evaluare prin care oferta sa a fost declarată neconformă, a tuturor actelor autorității contractante care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

3. anularea deciziei comisiei de evaluare prin care procedura a fost anulată.

4. reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea în mod corespunzător a ofertei sale.

Prin adresa nr. 505/20.03.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 11133/20.03.2020, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206180972/1, tranzacția: 954073523/1718922481 din data de 20.03.2020, emisă de CEC Bank – sucursala Gara de Nord, în valoare de 11.883,28 lei.

Prin adresa nr. 276737/23.03.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 11455/23.03.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere asupra contestației (ulterior prin adresa nr. 278600/25.03.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 11815/25.03.2020 a transmis dosarul achiziției) solicitând respingerea acesteia având în vedere următoarele aspecte:

- în cadrul contestației depuse nu este definit clar motivul pentru care SC SRL a depus contestația, arătând doar că la solicitarea de clarificări nr. 34/23.01.2020, a răspuns prin adresa nr. 169/28.01.2020 prin care a motivat că la fundamentarea tarifului orar acesta a folosit prevederile HG nr. 937/2018 privind stabilirea salariului minim pe economie, susținând că după semnarea contractului tariful orar va fi actualizat în conformitate cu art. 164 din HG nr. 395/2016, respectiv Instrucțiunile ANAP nr. 2/2018 și nr. 1/2019;

- în cadrul raportului procedurii nr. 152/06.03.2020 (publicat pe site-ul autorității contractante în data de 09.03.2020) la Cap.3.2.3. Evaluarea propunerii financiare este precizat: „Ofertantul a fundamentat

tariful orar pentru serviciile de pază pe baza prevederilor HG nr. 937/2019, care stabilește salariul minim brut pe economie la valoarea de 2.080 lei/lună, în vigoare la data depunerii ofertelor, și nu pe baza HG nr. 935/2020, care stabilește salariul minim brut pe țară la valoarea de 2.230 lei/lună, în conformitate cu cerințele solicitării de clarificări nr. 34/23.01.2020. Ofertantul a motivat acest fapt prin prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016, art. 164 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv Instrucțiunea ANAP nr. 2/2018 și Instrucțiunea ANAP nr. 1/2019.

Toate prevederile legale enumerate de către ofertant în sprijinul susținerii faptului că nu a calculat tariful orar pe baza noului salariu minim pe țară se referă însă la ajustarea/actualizarea prețului contractului pentru contracte deja încheiate aflate în derulare și nu precizează cazul în care aceste schimbări legislative apar în timpul derulării procedurii.

Ofertantul dorește semnarea contractului cu tariful orar calculat pe baza HG nr. 937/2019 care stabilește salariul minim brut pe economie la valoarea de 2.080 lei/lună, iar după semnarea acestuia tariful să fie ajustat în funcție de prevederile legale.

Comisia de evaluare nu este de acord cu soluția propusă de ofertant deoarece ea implică încheierea contractului de achiziție publică în condiții ilegale, deoarece tariful orar ofertat de 15,29 lei este calculat pe baza salariului minim brut de 2.080 lei/lună, salariu care nu mai este valabil la data încheierii contractului.

Drept pentru care comisia declară oferta depusă de ofertantul SC SRL ca fiind neconformă în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016, tariful orar ofertat nefiind în concordanță cu legislația actuală în domeniul salarizării.

Având în vedere cele prezentate autoritatea contractantă precizează că respingerea ofertei s-a efectuat în condițiile prevederilor documentației de atribuire cât și a legislației în vigoare la data finalizării evaluării.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată proprie având ca obiect atribuirea contractului „.....”, cod CPV: 79713000-5, prin publicarea pe site-ul instituției www.ditl5.ro, a anunțului de participare simplificat nr. 307/07.08.2019. Criteriul de atribuire ales este: prețul cel mai scăzut.

Analizând obiectul contestației formulate de SC SRL, Consiliul reține că acesta îl constituie respingerea de către autoritatea contractantă a ofertei sale ca neconformă deoarece tariful ofertat nu ar fi în concordanță cu legislația actuală în domeniul salarizării, respectiv HG nr. 935/2020.

Anterior, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire au fost formulate următoarele contestații:

- contestația nr. 740/16.09.2019 formulată de SC SRL înregistrată la CNSC sub nr. 36251/17.09.2019, care a făcut obiectul dosarului CNSC nr. 1884/2019, împotriva rezultatului procedurii de atribuire. Prin Decizia nr. 1887/C1/1884 din data de 28.10.2019, Consiliul a respins ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de SC SRL, a admis contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, a anulat raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și a obligat autoritatea 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;

- contestația nr. 1112/11.12.2019 formulată de SC SRL înregistrată la CNSC sub nr. 51041/12.12.2019, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 548/06.12.2019 . Prin Decizia nr. 31/C1/2657 din data de 08.01.2020, Consiliul a admis contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință a respins cererea de intervenție formulată de SC SRL, a anulat raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației incidente, a deciziei CNSC nr. 1887/C1/1884 din data 28.10.2019 și a motivării aferente în termen de 15 zile de la comunicare.

Decizia CNSC nr. 31/C1/2657 din data de 08.01.2020 nu a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel, fiind astfel definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauza soluționată de Consiliu, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

În etapa de reevaluare a ofertelor, dispusă prin decizia anterior menționată, autoritatea contractantă a solicitat SC SRL prin adresa nr. 34/23.01.2020 (pag. 74 din dosarul achiziției) să prezinte „Formularul privind determinarea tarifului orar prin care să argumenteze tariful orar prezentat (cu formule de calcul și explicații detaliate) ținând cont de prevederile HG nr. 935/2020 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată”, care stabilește că: „Începând cu data de 1 ianuarie 2020, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește la 2.230 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 167,333 ore în medie pe lună în anul 2020, reprezentând 13,327 lei/oră”.

La această solicitare de clarificări, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 169/28.01.2020 (pag. 52 din dosarul achiziției), menționând că „fundamentarea tarifului a avut în vedere HG nr. 937/2018 privind stabilirea salariului minim brut pe țară, în vigoare la data depunerii ofertelor, respectiv 14.08.2018”.

În considerarea celor mai sus menționate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă în mod eronat a solicitat contestatorului fundamentarea tarifului în baza HG nr. 935/2020 deoarece acest act normativ nu era în vigoare la momentul depunerii ofertelor, solicitând practic depunerea unei noi propuneri financiare de către ofertanți față de propunerea financiară existentă la momentul depunerii ofertelor, fapt ce contravine atât principiului transparenței cât și cel al concurenței consacrate de legislația în materie. Mai mult, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a respectat Decizia CNSC nr. 31/C1/2657 din data de 08.01.2020, care a stipulat în mod expres (a se vedea pag. 13) modul de fundamentare a propunerilor financiare, respectiv:

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

Conform prevederilor art. 1 alin. (1) din **HG nr. 937/2018**: „Începând cu data de 1 ianuarie 2019, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, prevăzut la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de 2.080 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,33 ore pe lună, reprezentând 12,43 lei/oră”.

Altfel spus, Consiliul apreciază că, ofertanții aveau obligația de calcularea propunerii financiare prin raportare nu doar la salariul minim garantat, ci la toate cerințele din caietul de sarcini iar autoritatea contractantă să verifice dacă fundamentarea tarifului orar include cel puțin prevederile legale în vigoare, cum ar fi spre exemplificare: salariul minim pe economie cu taxele și impozitele aferente (conform HG nr. 937/2018), sporurile legale (spor de noapte, spor de weekend, sărbători legale) cheltuielile directe (mijloace de transport, mijloacele tehnice de apărare și de protecție cu care este dotat, uniforme, spray iritant lacrimogen, baston de cauciuc, lanterna și telefon mobil sau radiotelefon) și indirecte inclusiv fondul de handicap. De asemenea, având în vedere că natura contractului de achiziție publică ce

urmează a se încheia este unul oneros, este evident că, la stabilirea valorii estimate trebuie avut în vedere și o cotă de profit”.

Prin urmare, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita fundamentarea propunerilor financiare având în vedere legislația aplicabilă la momentul depunerii ofertelor, respectiv HG nr. 937/2018 iar ajustarea prețului putea fi actualizată ulterior conform dispozițiilor art. 164 din HG nr. 395/2016, care stipulează următoarele:

„(1) În condițiile art. 221 din Lege, pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(2) Pentru a se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul- cadru, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.

(4) În condițiile art. 221 alin. (1) lit. e) din Lege, ajustarea prețului, fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (2) și (3), este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(5) În orice situație, prețul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(6) Modul de ajustare a prețului contractului de achiziție publică nu trebuie să conducă în niciun caz la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri, cu excepția cazului prevăzut la alin. (5).

(7) Autoritatea contractantă are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni.

(8) Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 luni".

În acest sens sunt și precizările din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2019, care stipulează următoarele:

„(1) În sensul art. 3, prețul se va ajusta prin actualizarea elementelor de cost/preț care au suferit modificări, ori de câte ori se constată apariția unei situații imprevizibile, apărute oricând pe perioada de îndeplinire a contractului, în cazul apariției unor împrejurări care lezează interesele comerciale legitime ale părților și care nu au putut fi prevăzute la data depunerii ofertei sau a încheierii contractului.

(2) Actualizarea prețului contractului de achiziție publică/sectorială va fi realizată, pe perioada de valabilitate a contractului, ori de câte ori se constată apariția unei situații imprevizibile, indiferent de durata de îndeplinire a acestuia.”

5. La articolul 7, alineatul (2) se modifică și va avea următorul cuprins

„(2) Vor fi asimilate situațiilor imprevizibile, care determină actualizarea prețului contractului, fără a se limita la, următoarele:

a) modificări legislative sau acte administrative emise de către autoritățile publice care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului;

b) modificarea salariului minim aplicabil; valoarea manoperei va fi actualizată doar pentru acoperirea creșterii salariului minim;

c) modificarea normativelor tehnice după încheierea contractului de achiziție publică care influențează și impune redimensionarea elementelor ofertate și prețului contractului, cu condiția încadrării în procente aferente modificărilor nesubstanțiale prevăzute de lege;

d) situația în care durata de derulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială se prelungește peste durata de valabilitate a ofertei stabilită inițial prin documentația de atribuire;

e) situația în care durata de îndeplinire/executare a contractului se prelungește peste termenele stabilite inițial în respectivul contract, din motive care nu se datorează culpei contractantului. Actualizarea, în acest caz, se aplică cu condiția ca operatorul economic să nu fi încasat contravaloarea actualizării costurilor cu titlu de daune-interese”.

Or, este evident că în cazul dedus judecății, suntem în fața unei împrejurări imprevizibile care se datorează modificării salariului minim aplicabil, fiind astfel nelegal a imputa ofertanților modificările legislative care au intervenit pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor, evaluare care s-a prelungit tocmai datorită culpei repetate a autorității contractante în procesul de evaluare și desemnare a ofertei câștigătoare.

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 iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii de atribuire nr. 152 din 06.03.2020 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației incidente, a deciziei CNSC nr. 31/C1/2657 din data de 08.01.2020 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 formulată de SC SRL în contradictoriu cu, anulează raportul procedurii de atribuire nr. 152 din 06.03. 2020 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației incidente, a deciziei CNSC nr. 31/C1/2657 din data de 08.01.2020 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.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.