

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., formulată de... în calitate de lider al..., cu sediul în..... Lot. 47, camera... etaj..., ap...., sector..., înmatriculată la... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. AP... /..., emisă de către autoritatea contractantă, cu sediul în..... nr....., în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „...”, cod..., s-a solicitat:

- admiterea contestației, așa cum a fost formulată;
- obligarea autorității contractante la anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. AP... din..., la anularea raportului procedurii nr.... și a actelor subsecvente acestora, ca fiind netemeinice și nelegale;
- reevaluarea și reanalizarea ofertei depuse de către..., declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii, în conformitate cu aspectele ce urmează a fi sesizate, respectiv, cu respectarea legislația în vigoare.

Prin adresa nr..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr....., cu sediul în..... nr....., înmatriculată la... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată prin administrator, a formulat cerere de intervenție, solicitând admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință, în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de către..., ca fiind nefondată.

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

În fapt, contestatorul precizează că autoritatea contractantă i-a comunicat prin adresa nr. AP... /..., faptul că oferta sa a fost considerată conformă și admisibilă de către comisia de evaluare, dar nu a fost declarată câștigătoare, ocupând poziția 2 din clasamentul final, cu

un punctaj total de... puncte. Oferta declarată câștigătoare este cea a..., cu un punctaj total obținut de 1... puncte.

Apreciază că autoritatea contractantă prin comisia de evaluare nu a făcut o verificare efectivă a propunerii tehnice și financiare depusă de ofertantul...

Contestatorul consideră că, în tariful ofertat de acest operator economic nu se regăsesc costurile reale pentru: costurile prevăzute de Legea 53/2003 - Codul muncii, costurile echipamentelor de serviciu, costurile privind dotarea posturilor, costurile privind comunicarea, examenele medicale periodice (conform HG nr. 315/2007, Anexa 1,, pct. 2, lit. c), cheltuieli privind instruirea profesională conform art. 44 alin. 4 din HG nr. 301/2012, cheltuieli privind cazarea/detașarea/delegarea agenților conform art. 44 din Legea nr. 53/2003.

1. Critica cu privire la numărul... agenți necesari

În opinia sa, comisia de evaluare nu a verificat dacă tariful ofertat este justificat raportat la numărul... agenți utilizați pentru prestarea serviciilor pentru tipul de post solicitat (24/24), astfel, declarând admisibilă această ofertă ce nu respectă.... Astfel:

Post 24/24

Conform caietului de sarcini: 365 zile/an x 24 ore/zi: 12 luni / an = 730 ore/ post /lună

730 ore/post/lună:... ore/agent/luna = 4, 42 agenți/post/luna

Pentru asigurarea orelor provenite din aplicarea prevederilor art. 126 lit. a) din Codul muncii (ora liberă plătită pentru munca de noapte) și pentru a nu se efectua ore suplimentare angajatorul trebuie să asigure agenți suplینitori/înlocuitori

365 zile/an x 1 ore/zi: 12 luni/an = ... ore/post/luna

... ore/post/luna:... ore/agent/luna = ... agenți/post/ lună

... + ... = 4... agenți /post/luna.

Pentru asigurarea efectuării C.O. conform art. 150 din Legea 53/2003 -... și pentru a se evita efectuarea de ore suplimentare:

4... agenți /post x 20... /an x 8 ore /zi: 12 luni /an:... ore/agent /luna = ... agenți /post/luna.

Deci, numărul... agenți necesari pentru prestarea serviciilor solicitate de beneficiar (730 ore/luna/post) în situația în care operatorul economic nu acordă spor de ore suplimentare și nici spor de noapte (ci ora liberă plătită), este:

... + ... + ... = ... agenți de securitate /post /luna

În opinia sa, acesta este numărul minim de agenți ce trebuie utilizați/ post pentru prestarea serviciilor solicitate de beneficiar și respectarea Legii 53/..., în condițiile în care operatorul economic nu acordă spor de ore suplimentare și nici spor de noapte (ci, ora liberă plătită).

Consideră că ofertantul în cauza nu a făcut dovada modului în care dispune de agenții de pază propuși pentru prestarea serviciilor. Ofertantul nu a prezentat nici o dovada în acest sens, iar comisia de evaluare nu a făcut nici o verificare, în acest sens.

În opinia sa, decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală.

2. Critica cu privire la acordarea sporului de noapte în condițiile codului muncii. Consideră că... nu respectă quantumul corect necesar conform configurației obiectivelor și aplicării acestui drept salarial de.../oră.

Salariu minim brut de încadrare/ lună... ->salariu tarifar orar de.../ora.

Invocând prevederile art. 126 din..., arată că, modul de calcul este: (1 ora libera plătită x 365 zile x 24.../ora); 365 zile /an: 24 ore/zi.

3. Critica cu privire la acordarea sporului de week-end - contestatorul apreciază că, atât timp cât ofertantul a invocat contractul colectiv de muncă, autoritatea contractantă avea obligația de solicitare a dovezilor în acest sens, motiv pentru care, consideră că se impune reevaluarea ofertei sub acest aspect și prezentarea CCM avizat de ITM, de unde să rezulte quantumul invocat.

Ofertantul invocă în calculația de preț cu privire la acordarea sporului de weekend un quantum de...% din salariul minim brut pe economie, fără a prezenta dovezi concludente, în acest sens, respectiv, contractul colectiv de muncă avizat de către INSPECTORATUL TERITORIAL DE MUNCA, aplicabil la data depunerii ofertei din care să rezulte procentul invocat în calculația de preț. Apreciază faptul că autoritatea contractantă avea obligația de a se asigura prin documente doveditoare cu privire la procentul invocat și să clarifice pe parcursul procesului de evaluare corespondența între dovezile prezentate și calculele inserate în fundamentarea de preț și..., avea obligația să verifice dacă, din calculul prezentat, reies valorile acestui drept salarial.

4. Critica cu privire la acordarea concediului de odihnă - valoarea cuantificată de către acest ofertant este insuficientă în raport cu executare contractului și nu ține cont de numărul... agenți/post necesari îndeplinirii contractului.

Conform calcului prezentat în critica cu privire la necesarul de agenți de securitate pentru îndeplinirea contractului, respectiv, de...agenți/ post în cazul reducerii programului de lucru de noapte cu o oră apreciază că, în conformitate cu prevederile..., toți salariații implicați în îndeplinirea contractului au dreptul la a beneficia de art. 150 alin. (1) din Legea nr. 53/2003:

... ag/post x.../agent=... /an valoare C.O. /post
.../an: 365 zile: 24 ore= 2.../ora.

Astfel, dacă ofertantul a aplicat sporul de noapte prin reducerea programului de lucru de noapte cu o oră, a invocat o valoare insuficientă a concediului de odihnă cu privire la acordarea acestui drept salariaților, ceea ce, face nesustenabilă oferta financiară prezentată de către acesta.

5. Critica cu privire la fondul de handicap.

Având în vedere că ofertantul nu a depus documente care să dovedească că este scutit de plata către bugetul de stat a taxelor prevăzute de dispozițiile Legii nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, modificată și completată prin OUG nr. 60/2017, care prevede la art.... următoarele: „(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... de angajați.

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... locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap”.

Acest ofertant avea obligația de a include în tariful prezentat această obligație legală, astfel: .../luna x 4%: ... h/agent/luna=.../oră.

Consideră că este necesară solicitarea certificatelor de handicap pentru personalul angajat și dovada angajării acestora cu normă întreagă, prezentarea Declarației 1... depusă la ANAF, respectiv, prezentarea contractelor cu unități protejate încheiate de acest ofertant în conformitate cu prevederile legale incidente.

6. Critica cu privire la cheltuielile directe/indirecte, atât asupra costurilor, cât și a cuantumului necesar îndeplinirii contractului.

În opinia sa, ofertantul... nu cuantifică toată categoria de costuri necesare îndeplinirii contractului în conformitate cu obligațiile asumate în propunerea tehnică și prevăzute în caietul de sarcini, costurile invocate sunt generice și insuficiente în raport de obligațiile asumate.

Cheltuieli directe/indirecte minime:

- costurile echipamentelor de serviciu/uniforma de lucru - dotare standard cf art.40 din Legea 333/2003

- costurile privind dotarea posturilor - art.... din Legea 333/2003 și art.52 alin. (1) din HG 301/2012

- costurile privind comunicarea - art.52 alin. (1) din HG 301/2012

- medicina muncii - examenul medical periodic se efectuează anual, intervalul dintre două verificări medicale periodice neputând depăși 12 luni (pct. 2, lit. c, Anexa 1 din H.G. nr. 315/...).

- cheltuieli privind instruirea conform art. 44 alin. 4 din HG 301/2012.

- costuri cu privire la patrularea și intervenția, respectiv combustibil și cheltuieli de întreținere auto

- examen psihologic
- cheltuieli cu privire la controlul agenților de securitate pe fiecare tură conform Legii 333/... și HG 301/2012
- cheltuieli cu privire la transportul salariaților
- costurile de asigurare de răspundere civilă
- ... și SSM.

În fapt, apreciază că ofertantul a prezentat un preț lipsit de fermitate, construit în contradicție cu prevederile legale și a dispozițiilor caietului de sarcini. Astfel, consideră că ofertantul nu poate justifica tariful propus astfel că acesta nu este rezultatul liberei concurențe.

7. Critica cu privire la utilizarea subvențiilor

În situația în care, ofertantul clasat pe locul 1 a invocat, în diminuarea tarifului ofertat, faptul că utilizează subvenții conform Legii nr...., susține că, autoritatea contractantă prin comisia de evaluare nu a făcut o verificare temeinică în acest sens.

Prevederile art. 85 alin. (4) din Legea nr. 76/2002, respectiv art. 83 alin. (2) coroborat cu alin. (7), rețin acordarea facilităților proporțional cu timpul lucrat, precum și obligativitatea restituirii sumelor de bani încasate cu titlu de convenție dacă angajatorul încetează raporturile de muncă anterior termenului de 18 luni, astfel că, suma cu care este diminuat prețul ofertei, pe baza subvențiilor reprezintă o simplă prezumție a ofertantului, luarea în considerare a unei astfel de oferte încălcând principiile tratamentului egal, al nediscriminării și al transparenței prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016; ori, autoritatea contractantă are obligația să trateze agenții economici ofertanți în mod egal, fără discriminare și potrivit principiului transparenței. Comisia de evaluare nu trebuia să accepte o diminuare artificială a prețului pe o simplă declarație a ofertantului.

Autoritatea are obligația nu doar de a solicita clarificări, ci și de a verifica răspunsurile primite și care justifică prețul ofertat (...- Decizia nr....).

Contestatorul precizează că ofertantul în cauză trebuie să îi implice pe angajații pentru care se primesc subvenții în derularea viitorului contract, ce face obiectul prezentei proceduri, ori probabil acești angajați sunt utilizați în cadrul altor contracte de pază al căror tarif a fost deja diminuat pe baza acestor subvenții, neputând a fi diminuat tariful în mai multe contracte, aspecte ce nu au fost verificate de către comisia de evaluare.

Oferta având caracter ferm, în prestarea serviciilor, ofertantul în cauză trebuie să execute serviciile în condițiile ofertate, respectiv cu persoanele nominalizate în propunerea tehnică și pentru care au primit subvenții.

Prin urmare, comisia de evaluate avea obligația, potrivit art. 133 alin. (1) și art. 134 din HG nr.395/2016, de a stabili dacă ofertantul clasat pe locul 1 se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 137

alin. (1) și (3) lit. a), c), d), g) ale aceluiași act normativ, de a solicita cel puțin următoarele clarificări cu privire la potențialele subvenții utilizate de către ofertantul în cauză:

- Convențiile încheiate cu AJOFM, în care se poate observa numele persoanelor angajate prin respectivele convenții;
- Dispozițiile emise de AJOFM din care să rezulte sumele ce urmează a fi obținute în baza convențiilor sus menționate,
- Tabelul nominal cu persoanele încadrate în muncă prin convenții;
- Dovada faptului că ofertantul va folosi, pe posturile ce fac obiectul contractului persoanele încadrate în muncă prin convenție;
- Extrasul revisal care atestă că persoanele sunt salariați activi la data depunerii ofertei, precum și funcția pe care sunt încadrați;
- Dovada faptului că acest ofertant nu a utilizat aceleași subvenții și în alte proceduri la care a participat;
- Modul de calcul al prețului ofertat raportat la sumele ce urmează a fi obținute în baza subvențiilor.

De asemenea, cu privire la clarificarea faptului că acest ofertant nu a utilizat sumele obținute în baza acestor subvenții în diminuarea prețului și în alte proceduri de achiziție, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita informații, în acest sens, atât AJOFM, cât și altor autorități contractante care au derulat proceduri de achiziție și la care, acest ofertant a participat.

Apreciază că, și în acest caz, comisia de evaluare a încălcat prevederile art. 133 alin. (1) și art. 134 din HG nr. 395/2016, în urma evaluării, aceasta având obligația aplicării dispozițiilor de excludere a ofertei, în cauză art. 137 alin. (1) și (3) lit. a), c), d), g) din HG nr. 395/2016 (ofertă neconformă).

De asemenea, precizează că, în conformitate cu...lariatul delegat are dreptul la plata cheltuielilor de transport și cazare, precum și la o indemnizație de delegare.

Precizează că, aceste cheltuieli nu au fost avute în vedere la stabilirea prețului ofertat de către..., încălcând astfel art. 44 alin. (2) din Legea nr. 53/2003, aspect, de asemenea, neverificat de către comisie. Susține că autoritatea contractantă nu a solicitat niciun fel de clarificări ofertantului în cauză.

Mai mult, referitor la utilizarea convențiilor în diminuarea tarifului ofertat, precizează că eventualele convenții utilizate de ofertantul clasat pe locul 1 în justificarea tarifului ofertat nu acoperă și nu justifică întreaga perioadă supusă procedurii iar convențiile utilizate în fundamentarea tarifului ofertat nu sunt încheiate expres pentru acest contract prin raportare la data încheierii acestora și data inițierii procedurii de atribuire în cauză.

Pentru motivele susmenționate...:

- admiterea contestației, așa cum a fost formulată;

- obligarea autorității contractante la anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. AP... din..., la anularea Raportului procedurii nr.... și a actelor subsecvente acestora, ca fiind netemeinice și nelegale;

- reevaluarea și reanalizarea ofertei depuse de către... declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii, în conformitate cu aspectele sesizate, respectiv cu respectarea legislației în vigoare pe care a invocat-o.

....., în baza OUG nr. 23/2020 să i se aprobe studierea dosarului achiziției.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr.... autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea contestației, ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă consideră temeinic și legal raportul procedurii precum și actele subsecvente, susținând continuarea procedurii de atribuire, din următoarele considerente:

- comisia de evaluare a procedat în deplină concordanță cu legislația privind achizițiile publice, prevederile legislației muncii și ale Legii nr...., în ceea ce privește evaluarea ofertei, astfel analizând și coroborând fundamentarea tarifului ofertat cu prevederile legale privind obligațiile salariale și fiscale aferente;

- autoritatea contractantă a analizat și a verificat fiecare ofertă, atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse și raportate la cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini și din documentația de atribuire, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, în conformitate cu prevederile art. 133 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 395/2016;

- autoritatea contractantă a stabilit oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în anunțul de participare și în documentele achiziției, criteriu de atribuire aplicat ofertelor declarate admisibile din punct de vedere al îndeplinirii criteriilor privind capacitatea și care, nu s-au aflat sub incidența motivelor de excludere și conforme din punct de vedere tehnic în raport cu cerințele minime ale caietului de sarcini și a documentației de atribuire.

De asemenea, susține că, comisia de evaluare a analizat informațiile din propunerile financiare ale ofertelor declarate admisibile, respectiv: calculul și justificarea pe componente a tarifului orar ofertat, salariul de încadrare, munca de noapte, munca suplimentară, fondul de handicap, concediile de odihnă, sărbătorile legale, cheltuielile directe și indirecte.

Prin participarea la procedură, operatorii economici au ofertat un preț/tarif, respectând prevederile legale în scopul realizării obiectului contractului și, astfel, evitând riscurile care ar putea apare prin angajamentul asumat.

Comisia de evaluare a efectuat verificări ale modului de stabilire a prețului, inclusiv, sub aspectul cuprinderii în cadrul acestuia a tuturor costurilor referitoare la prestarea serviciilor, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini, documentației de atribuire și ale legislației aplicabile, neexistând îndoieli privind respectarea legislației în materie de remunerare a personalului, de contribuție la sistemul de securitate social, de respectare a normelor de securitate și de sănătate la locul de muncă, respectiv, prețul ofertelor financiare incluzând toate costurile pe care le presupun aspectele tehnice ale ofertelor.

Autoritatea contractantă precizează că a analizat documentația depusă, în mod temeinic, a studiat concret cuprinsul documentelor, a transmis solicitări de clarificări ofertanților, în cadrul propunerilor tehnice și propunerilor financiare.

Astfel, operatorii economici a căror oferte financiare au fost considerate admisibile și-au asumat prețurile ofertate ca fiind rezultatul liberei concurențe, aplicând decizii comerciale independente reflectând propria strategie de piață.

Comisia de evaluare respectând principiile art. 2, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 a concluzionat că propunerile financiare analizate au prezentat un calcul al tarifului orar, respectând legislația în vigoare și precizările documentației de atribuire, acestea reflectând realitatea, fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus.

În opinia sa, contestatorul a invocat critici nesustținute de nici o dovadă, doar pe bază de presupuneri, efectuând calcule care nu sunt în concordanță cu ceea ce operatorul economic clasat pe locul întâi, a prezentat în oferta sa, toate criticile sale fiind pur teoretice.

Autoritatea contractantă consideră că oferta depusă de... a îndeplinit cerințele, condițiile, criteriile stabilite prin anunțul de participare, caietul de sarcini și prin documentele achiziției.

..., precizează că, la elaborarea propunerii financiare... a avut în vedere toate costurile pe care le implică cerințele documentației de atribuire, caietului de sarcini și legislația privind... (conform Anexei 1).

Documentele prezentate de către... sunt concludente și justifică prețul din propunerea financiară depusă de acesta. Detalierea costurilor, modul de formare al tarifului final, formulele de calcul și documentele transmise de... în cadrul ofertei au furnizat toate elementele constitutive ale prețului incluse în propunerea financiară, astfel oferta având o fundamentare economică reală și corectă, fiind în concordanță cu legislația în vigoare.

Referitor la criticile enumerate de contestator, autoritatea prezintă în paralel informații din ofertele financiare ale celor doi ofertanți declarați admisibili, în anexa acestui punct de vedere.

Prin urmare, susține că oferta depusă de... este fundamentată economic și are un preț real, respectând cheltuielile minime prevăzute în

caietul de sarcini și documentația de atribuire pentru îndeplinirea acordului-cadru.

Autoritatea contractantă consideră că evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii s-a făcut atent și responsabil de către comisia de evaluare.

Având în vedere cele menționate mai sus autoritatea contractantă consideră acțiunea contestatorului de a formula contestația de față ca fiind nefondată, fără obiect și justificare, motiv pentru care... respingerea contestației și menținerea actelor administrative emise de autoritatea contractantă în cadrul acestei proceduri.

Prin adresa nr..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr....., a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante, solicitând admiterea acesteia și respingerea contestației, ca fiind nefondată.

Intervenientul precizează că în urma evaluării tehnice și financiare a ofertelor depuse în cadrul procedurii, autoritatea contractantă a desemnat oferta sa ca fiind câștigătoare, astfel după cum rezultă din raportul procedurii nr.....

Precizează că, în data de..., a luat la cunoștință, prin intermediul SICAP, de contestația formulată de către ofertantul reprezentat de asocieria... -... împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. AP... /..., a raportului procedurii nr...., precum și a actelor subsecvente acestuia.

Ținând cont de poziția sa în cadrul procedurii, respectiv, de faptul că, în prezent, oferta sa este declarată câștigătoare, consideră că are un interes propriu și actual în prezenta cauză. Prin susținerile sale, înțelege să sprijine poziția și apărările formulate de autoritatea contractantă și să își apere dreptul câștigat.

În ceea ce privește contestația formulată de către..., consideră ca aceasta este nefondată pentru următoarele considerente:

- Contestatorul își motivează demersul pe baza unei aprecieri generale, potrivit căreia, în opinia sa, oferta financiară depusă de către societatea sa „conține prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate”.

- Contestatorul face toate aceste afirmații fără a indica elemente concrete care să conducă la concluzia încălcării de către societatea sa a legislației aplicabile în domeniul muncii și achizițiilor publice.

- Simplele presupuneri ale contestatorului, fără susțineri temeinice și fără probe, nu pot constitui motive de nelegalitate a actelor emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire.

- Mai mult, prezentarea de către contestator a unui model propriu de fundamentare a prețului, considerat de către el a fi singurul în măsură să justifice un tarif cu respectarea prevederilor legale, nu reprezintă un motiv de reevaluare a ofertelor și, în niciun caz, nu poate genera pentru autoritatea contractantă o obligație în sensul preluării acestui model de calcul în procesul de evaluare a ofertelor și, implicit, a impunerii sale

către toți participanții la procedură. Aceasta, mai ales în condițiile în care, autoritatea contractantă a cuprins, în documentația de atribuire, un model referitor la fundamentarea prețului din propunerea financiară.

- Fundamentarea prețului a fost depusă de către societatea sa, o dată cu propunerea financiară. În cuprinsul acestei fundamentări, a inclus și a indicat modul de calcul al tuturor sporurilor prevăzute de Codul muncii (spor de noapte, spor sărbători legale, spor weekend), a contribuției asiguratorie pentru muncă în procent de...%, a concediilor de odihnă, a cheltuielilor privind persoanele cu handicap, a cheltuielilor directe și indirecte, precum și a marjei de profit.

În concluzie, în considerarea tuturor argumentelor expuse anterior... ca, în luarea deciziei asupra contestației formulate de către..., să se aibă în vedere și apărările formulate de societatea sa în cuprinsul prezentei cereri de intervenție.

... admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință, în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, să respingă contestația formulată de către..., ca fiind nefondată.

Având în vedere documentele depuse în cadrul procedurii, declarate „CONFIDENȚIALE”, respectiv „documentele de calificare, propunerea tehnică și propunerea financiară, precum și faptul că... și... au solicitat să li se permită accesul la dosarul cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresele nr..... și nr....06/.../C1/..., Consiliul..... și..., să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate de către aceasta 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.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr..... răspunde solicitării Consiliului, precizând că nu este de acord să aibă acces la propunerea sa financiară, contracandidatul său. În susținere, depune copia procedurii operaționale stabilită la nivelul societății sale.

Prin adresa nr..... Consiliul a invitat contestatorul... să studieze dosarul cauzei la CNSC în data de....

Prin adresa nr..... Consiliul a invitat intervenientul... să studieze dosarul cauzei la CNSC în data de....

Ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu... transmite Concluzii scrise prin care precizează că își menține, în integralitate, criticile formulate prin contestația inițială, atât cu privire la dimensionarea necorespunzătoare a numărului de personal, cât și cu privire la modul nelegal de fundamentare a costurilor salariale, în special în ceea ce privește sporul de noapte.

În ceea ce privește acest din urmă aspect, subliniază că ofertantul declarat câștigător nu se limitează la o simplă interpretare discutabilă a

dispozițiilor legale, ci, construiește în mod deliberat un mecanism de organizare a timpului de muncă menit să eludeze aplicarea art. 126 din Codul muncii.

1. Își menține critica nr.... privind sporul de noapte - eludarea dispozițiilor legale prin artificii de calcul.

Precizează că își menține în integralitate critica privind modul de acordare a sporului de noapte, învederând faptul că ofertantul declarat câștigător a construit în mod deliberat un mecanism de organizare a timpului de muncă menit să conducă la eliminarea în fapt a acestui drept salarial și, implicit, la diminuarea artificială a tarifului ofertat.

Potrivit dispozițiilor art. 126 din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, salariații care desfășoară muncă de noapte beneficiază fie de reducerea programului de lucru cu o oră, fie de un spor de minimum 25% din salariul de bază pentru orele de noapte, în situația în care timpul astfel lucrat reprezintă cel puțin 3 ore din programul zilnic.

Or, în speță, ofertantul nu respectă aceste dispoziții, ci, recurge la fragmentarea artificială a intervalului de noapte (22:...-06:...), prin rotația agenților, în special în intervalul...:....-04:..., astfel încât, majoritatea salariaților să nu atingă pragul de 3 ore de muncă de noapte, evitând, astfel, acordarea sporului.

Această practică nu reprezintă o modalitate legitimă de organizare a activității, ci, un veritabil mecanism de eludare a legii, întrucât:

- nu este justificată de specificul serviciilor de pază (care implică continuitate),
- nu reflectă o necesitate operațională reală,
- are ca unic scop reducerea costurilor salariale.

Caracterul artificial și nejustificat al acestei abordări a fost observat chiar de autoritatea contractantă, care, prin solicitarea de clarificări nr...., a sesizat acest artificiu și a solicitat explicații, inclusiv, cu privire la costurile reale generate de o asemenea organizare, în contextul inexistenței transportului public în intervalele respective.

Cu toate acestea, ofertantul nu a demonstrat sustenabilitatea acestei organizări, ci, a menținut o structură de cost care conduce, în mod evident, la un spor de noapte practic diluat artificial.

În realitate, o asemenea abordare conduce la o situație în care:

- munca de noapte este prestată efectiv,
- dar drepturile salariale aferente nu sunt acordate,
- iar costurile sunt eliminate din structura tarifului.

În opinia sa, aceasta reprezintă o încălcare directă a Codului muncii și conduce la un preț care nu reflectă costurile reale ale muncii, fiind, astfel, incompatibil cu dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016 privind ofertele cu caracter aparent neobișnuit de scăzut.

În aceste condiții, consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta, ca neconformă, sau cel puțin, de a efectua

o verificare aprofundată în temeiul art. 210 din Legea nr. 98/2016, obligație pe care nu și-a îndeplinit-o.

2. Își menține critica nr 6 privind sporul de mobilitate - omisiunea unui cost salarial obligatoriu.

În completarea celor de mai sus, precizează că oferta depusă de... este nelegală și prin prisma necuprinderii costurilor aferente clauzei de mobilitate, deși aceasta este invocată chiar de ofertant ca element esențial al organizării activității.

Potrivit dispozițiilor art. 25 din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, în situația în care salariatul nu are un loc de muncă fix, acesta beneficiază în mod obligatoriu de prestații suplimentare în bani sau în natură, stabilite prin contractul individual de muncă. Caracterul obligatoriu al acestor prestații este esențial și nu poate fi înlăturat prin voința angajatorului.

Or, în speță, chiar ofertantul declarat câștigător recunoaște, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr...., faptul că salariații nu au un loc de muncă fix, aceștia urmând să presteze activitate la oricare dintre obiectivele angajatorului.

Cu toate acestea, din analiza fundamentării și detalierii prețului ofertat rezultă că acest operator economic nu a cuprins costurile aferente sporului de mobilitate, aspect evidențiat inclusiv în calculul de preț, unde la punctul 13 aceste costuri sunt indicate cu valoarea „0”.

Această omisiune nu poate fi considerată una formală, ci reflectă în mod direct faptul că ofertantul:

- fie nu acordă aceste drepturi salariaților, încălcând legislația muncii,
- fie le acordă, dar nu le include în preț, ceea ce conduce la un tarif nesustenabil.

Mai mult, ofertantul a lăsat, în mod implicit, la latitudinea propriilor angajați, suportarea costurilor de deplasare, respectiv, modalitatea de transport de la domiciliu la locul de muncă și invers, transferând astfel în sarcina acestora obligații care, potrivit legii, revin angajatorului.

Această practică contravine atât dispozițiilor art. 25 din Codul muncii, cât și art. 40 alin. (2), potrivit căruia angajatorul are obligația de a asigura condițiile necesare desfășurării activității.

În același timp, se observă că ofertantul utilizează în paralel și artificii de calcul în ceea ce privește sporul de noapte, în scopul reducerii costurilor salariale, ceea ce confirmă existența unui mecanism complex de diminuare artificială a prețului ofertat.

Față de aceste aspecte, apreciază că, autoritatea contractantă avea obligația de a analiza, în integralitate, respectarea legislației incidente, inclusiv sub aspectul drepturilor salariale obligatorii, motiv pentru care, consideră că se impune reanalizarea și reevaluarea ofertei depuse de....

Pentru motivele susmenționate... admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr..... depune punct de vedere față de concluziile scrise formulate de contestator. Punctul de vedere nu va fi redat aici, dar, va fi luat în considerare la soluționarea contestației.

Prin adresa nr. AP... /..., înregistrată la CNSC sub nr.... autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției în format electronic pe stick.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr..... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din data de..., emisă de..., în valoare de....

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „...”.

În cauza care formează obiectul prezentei... a formulat cererea de intervenție transmisă pe e-mail în data de... înregistrată la CNSC sub nr...., care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, 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.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că: *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr.... privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)”* și art. 5 din același act normativ care prevede că: *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”,* având în vedere faptul că prezenta contestație a fost publicată în SEAP în data de..., sub **identificatorul** „Document: [CN1... /...164] Contestatie procedura CN1... nr....pdf.p7s”, **Consiliul constată** că cererea de intervenție a... este formulată în cadrul termenului legal.

Ținând seamă de dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67

din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză... are calitatea de ofertant câștigător, iar, cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din Cpc., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de....

Având în vedere documentele depuse de... în cadrul procedurii sus-menționate, marcate ca fiind confidențiale, conform căreia propunerea tehnică/financiară este confidențială, precum și raportat la faptul că... a solicitat în cadrul contestației formulate „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC” și, ținând cont de prevederile art.... din Legea nr. 101/2016, forma în vigoare la data depunerii contestației, 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...., 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”, Consiliul a solicitat....., 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... a formulat prin adresa înregistrată la CNSC sub nr.... un răspuns generic, prin care explică, în principiu, că propunerea tehnică/financiară include, care conțin date cu caracter personal, calcul manoperă, nivel de salarizare etc, însă, fără a demonstra/dovedi, în concret, caracterul confidențial al înscrisurilor indicate, ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit, urmare a dezvăluirii acestora.

Analizând răspunsul, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, conform dispozițiilor art.... din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, (cu excepția documentelor care conțin date cu caracter personal).

Procedând la analiza criticilor formulate de... (clasat pe locul 2), se reține că acestea vizează oferta financiară aparținând... (clasat pe locul 1), apreciind că aceasta conține elemente de cost care nu sunt rezultatul liberei concurențe, nu pot fi justificate, ceea ce poate conduce la executarea defectuoasă a contractului, motiv pentru care, Consiliul va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire, cât și la legislația specifică în materie.

... de ofertă, cei doi operatori economici au depus următoarele oferte:

1. ... (clasat pe locul 1) un preț de... și un tarif/oră de... **/oră fără TVA;**
2. ... (clasat pe locul 2) a ofertat un preț de... și un tarif de.../oră fără TVA;

... nr.... pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe tara garantat în plată, s-a stipulat că:

„Art. 1. - Începând cu data de..., 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... lunar, pentru un program normal de lucru în medie de... ore pe lună, reprezentând 24.../oră”.

Prin urmare, în condițiile în care propunerea financiară nu reprezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi prestat, deoarece, reprezintă mai mult de 80% din valoarea estimată a contractului **respectiv...%, acoperind și tariful minim garantat,** autoritatea contractantă, în etapa de analiză a fundamentării propunerilor financiare, nu avea obligația să procedeze la solicitarea de clarificări (astfel cum stipulează art. 210 alin. (1) din Legea nr.98/2016 și art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016) și să evalueze informațiile și documentele furnizate de respectivul ofertant.

Se reține de asemenea, că... a indicat elementele constitutive ale prețului incluse în propunerea financiară și detaliat în cadrul centralizatorului raportat la salariul minim pe economie, toate sporurile legale (de exemplu: spor de noapte, spor de weekend, sărbători legale, ore suplimentare) cheltuielile directe (ca de exemplu: mijloacele tehnice de apărare și de protecție cu care este dotat, uniforme, spray iritant lacrimogen, baston de cauciuc, lanterna și telefon mobil sau radiotelefon, dispecerat, combustibil mijloace auto, etc.) și indirecte, inclusiv, fondul de handicap.

Mai mult, se reține în soluționare că, deși, contestatorul invocă caracterul nesustenabil al ofertei desemnate câștigătoare, diferența de tarif ofertat între cei doi ofertanți este de.../oră.

De asemenea, simpla declarație a contestatorului privind presupusa lipsă a unor elemente de cost, în lipsa oricărei probe, nu este suficientă pentru a demonstra caracterul neobișnuit de scăzut al unei oferte, acesta, cu atât mai mult cu cât, ofertantul declarat câștigător și-a elaborat propunerea financiară conform formularelor și notei de fundamentare solicitate de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire.

Scopul obligației de motivare, prin raportare la date concrete, este acela de a arăta Consiliului, în calitate de organism administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante

pentru soluționarea contestației și..., explicațiile pentru care drepturile contestatorului au fost lezate prin conduita presupus nelegală a autorității contractante.

Cu alte cuvinte, nu este totuna a afirma încălcarea dreptului cu a prezenta argumentele pentru care se susține că dreptul a fost încălcat; simplele presupuneri nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind, de niciunde, temeinicia criticilor rămase la nivel declarativ.

Contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar, una dintre acestea este tocmai motivarea, în fapt și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității, potrivit căruia, judecata are loc în limitele sesizării; altminteri, soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

În aceste condiții, Consiliul precizează că, în conformitate cu art. 12 alin. (1) Cpc, *„(1) Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți”* or, în cazul de față, contestatorul nu a ținut cont de aceste prevederi în formularea criticilor în discuție.

Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *„in integrum”* a propunerii financiare sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții, pornind de la premisa că, în cursul soluționării contestației, Consiliul va găsi/identifica o presupusă neconformitate.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține, în soluționare, faptul că literatura juridică, dar și practica judiciară, au statuat că, în cadrul procesului civil, sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță, între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) Cpc, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Nu este lipsit de relevanță faptul că, deși, contestatorul a avut acces la dosarul achiziției publice constituit la Consiliu, aceasta nu a profitat de oportunitatea de a veni în urma studierii dosarului, de a indica pe calea concluziilor scrise, cu prezentarea punctuală a criticilor cu privire la neconformitatea ofertei criticate și a probelor pe care se bazează; altfel spus, în susținerea contestației, avea obligația de a indica, în concret, elementele de neconformitate sau inacceptabilitate, în raport cu cerințele documentației de atribuire, fiind pe deplin aplicabile, în acest caz, prevederile art. 249 C.p.c, potrivit cărora: *„cel care face o*

susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale. Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece, dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar, adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să indice și să dovedească/probeze pe de-o parte că elementele de cost invocate nu au fost incluse, iar, pe de altă parte, să demonstreze caracterul nesustenabil și nereal al acestora.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de....

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare ...

...

... ..

Consilier de soluționare

...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 5 (cinci) exemplare originale, conține 18 (optsprezece) pagini