



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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20557/18.04.2023, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., CUI, reprezentată convențional prin Avocat, împotriva rezultatului cuprins în raportul procedurii nr. 1874/11.04.2023, emis de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii proprii de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „*Servicii de pază în incinta siturilor Sarmisegetusa Regia - Grădiștea de Munte, Costești - Cetățuie, Costești - Blidaru, Luncani - Piatra Roșie și Bănița*”, s-a solicitat:

1. Admiterea contestației, anularea raportului procedurii de atribuire nr. 1874/11.04.2023 și a tuturor actelor subsecvente emise în temeiul acestora;

2. Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare pentru restabilirea legalității, în sensul reevaluării ofertei ofertelor clasate pe locurile superioare față de oferta depusă de către, respectiv a ofertei asocierii, clasată pe locul I, și a ofertei, clasată pe locul II.

3. Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată conform dovezilor de la dosarul cauzei.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 1226/28.04.2023, ..., cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., CUI, reprezentată legal de- administrator, a depus cerere de intervenție voluntară prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
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 formulată de, împotriva raportului procedurii nr. 1874/11.04.2023, prin care se solicită admiterea acesteia și adoptarea măsurilor precizate mai sus.

Preliminar, contestatoarea arată că, în urma evaluării propunerilor tehnice și financiare, Asocierea s-a clasat pe locul 1, cu un tarif de 18,95 lei/oră, oferta depusă de s-a clasat pe locul 2, cu un tarif de 18,25 lei/oră, iar oferta sa s-a situat pe locul 3, cu un tarif de 20,35 lei/oră.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile imperative ale art. 127 alin. (1) lit. f) și h) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește oferta depusă de **Asocierea**, contestatoarea arată că în acordul de asociere se prevede că fiecare parte din contract va asigura desfășurarea în proporție de 50 % din totalul serviciilor solicitate, respectiv va asigura 3 obiective, iar va asigura 2 obiective, fără a se menționa care dintre obiectivele enumerate în cuprinsul caietului de sarcini va fi gestionat de către fiecare dintre societățile asociate.

Conform propunerii tehnice, pentru desfășurarea serviciilor licitate au fost alocați 47 agenți, iar raportat la proporția de executare a contractului, conform acordului de asociere, fiecare membru al asocierii va contribui pentru desfășurarea serviciilor cu un număr de 23,5 agenți, adică jumătate din cei 47 agenți alocați.

Contestatoarea arată că prețul ofertei Asocierii a fost diminuat prin utilizarea de subvenții acordate de stat în condițiile Legii nr. 76/2002, fiind depuse convenții pentru un număr de 26 agenți.

Contestatoarea arată că, potrivit jurisprudenței instanțelor, dar și a CNSC, asupra unor spețe similare, s-a opinat deja într-un mod unitar că natura acestor subvenții este strict determinată de dispozițiile legale în materie, rezultând din interpretarea prevederilor art. 85 din Legea nr. 76/2002 că operatorul economic poate beneficia de aceste sume doar dacă angajează categoriile de persoane prevăzute de textul de lege și dacă menține raporturile de muncă sau de serviciu cu acestea pentru perioada impusă de lege, în caz contrar urmând a restitui integral sumele obținute pentru fiecare angajat.

Aceasta învederează că, din analiza normelor legale privind acordarea subvențiilor rezultă:

- operatorul economic beneficiază de subvenții în considerarea unei persoane din categoriile impuse de lege, ulterior dobândirii de către aceasta din urmă a calității de angajat;

- operatorul economic trebuie să mențină raporturile de muncă/serviciu pentru întreaga durată a intervalului impus de lege (18 luni) în caz contrar restituind și sumele deja încasate.

În aceste condiții, consideră că trebuia evaluat cu rigurozitate și temeinic modul de fundamentare a prețului, pentru fiecare categorie de post, raportat la numărul de agenți de pază implicați și de dovezile prezentate de ofertanți, în caz contrar ajungându-se la legitimarea atribuirii contractului unui ofertant al cărui preț este nereserios și nesustenabil, încălcând astfel principiile enunțate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 în raport de ofertanți declarați admiși, dar necâștigători.

Contestatoarea învederează că are un obicei în a utiliza subvențiile obținute pentru un angajat în condițiile Legii nr. 76/2002 pentru mai multe proceduri de achiziție publică, deși suma de bani este primită o singură dată pe lună, pentru fiecare angajat, astfel că nu poate fi utilizată, aferent aceleași perioade, pentru mai multe proceduri.

În speță, toate convențiile pentru cei 26 agenți are ca beneficiar pe liderul asocierii, ..., însă din corelarea elementelor descrise mai sus, ca membru al asocierii trebuia să asigure doar 23,5 agenți, și nu 26, astfel că, implicit, subvențiile legal utilizate trebuiau limitate la acest număr de agenți, de unde rezultă o diminuare artificială a tarifului prin folosirea mai multor subvenții decât numărul de agenți efectiv utilizați în executarea contractului.

În aceste condiții, dacă se vor elimina cele 2,5 convenții, oferta financiară va suferi modificări și va face ca ea să fie neconformă prin diminuarea tarifară orară.

De asemenea, petenta susține că din studiul convențiilor s-a constatat că majoritatea agenților aparțin zonei Văii Jiului, zonă situată la aproximativ 100 km de zona unde se solicită prestarea serviciilor, fapt care implică cheltuieli cu deplasarea, detașarea, agenților de pază, alocarea unei sume de 140 lei/agent/lună fiind total insuficientă.

Un alt aspect învederat ține de contribuția la fondul de handicap datorată în condițiile Legii nr. 448/2006, observându-se că, ca membru al asocierii, prin declarația depusă la ANAF pentru luna ianuarie 2022 nu plătește fond de handicap, deși la finele anului 2021 din bilanțul postat pe site-ul ANAF rezultă că avea un număr de aproximativ 1000 angajați, ceea ce implică în mod evident plata acestei contribuții.

Petenta arată că atât timp cât a rezultat o diminuare a prețului, existența obligației de plată a acestei contribuții trebuia temeinică probată de ofertant și verificată de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește **oferta depusă de**, o primă critică vizează faptul că la punctul 8 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat mașini de intervenție și deservire.

Conform răspunsului nr. 480/09.03.2023 la o solicitare de clarificări adresată de un potențial ofertant, autoritatea contractantă a răspuns la

întrebarea nr. 1, astfel: „*Mașinile de intervenție și deservire pe care le solicităm în cadrul caietului de sarcini sunt mașini avizate de către organele de poliție la avizul de dispecerat conform Legii 333/2003 (republicată)*”.

Contestatoarea susține că în cadrul propunerii tehnice, ofertantul și terțul susținător, ..., nu au prezentat modalitatea de realizare a intervenției și nu au prezentat anexa la avizul de dispecerat cu mașinile avizate de organele de poliție pentru județul

Dimpotrivă, în cadrul propunerii tehnice se regăsește o declarație a ofertantului, prin care acesta se angajează că, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, va găsi subcontractant pentru serviciile de intervenție și deservire.

La solicitarea autorității contractante de a justifica cum se susține cerința privind mașinile de intervenție și deservire (clarificarea nr. 2), ofertantul a răspuns că, până la momentul subcontractării, mașinile de intervenție și deservire vor fi asigurate de, care va aloca mașini de intervenție și deservire.

Potrivit Anunțului de participare nr., pct. 4.7. Modul de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a impus următoarele: „*Propunerea tehnică va fi prezentată astfel încât să detalieze și să demonstreze modul de îndeplinire a tuturor cerințelor din cadrul specificațiilor tehnice, incluzând toate documentele suport, după caz. Orice ofertă care nu îndeplinește în mod corespunzător cerințele minime prezentate în specificațiile tehnice, va fi declarată neconformă*”.

Petenta susține că ofertantul nu a îndeplinit cerința ca mașinile să fie avizate de organele de poliție la avizul de dispecerat, astfel că oferta tehnică trebuia declarată neconformă.

Referitor la propunerea financiară, contestatoarea susține că ofertantul a diminuat artificial tarifului pentru un post permanent, după cum urmează:

- Diminuarea sporului de noapte: ofertantul a avut în vedere prevederile art. 126 lit. a) din Codul Muncii, potrivit căroră: „*Salariații de noapte beneficiază: a) fie de program de lucru redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă, pentru zilele în care efectuează cel puțin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază;...*”

Astfel, a acordat o oră liberă, celui ce a efectuat munca de noapte și a majorat numărul de agenți prevăzuți pentru un post, în speță 5,21 agenți în loc de 4,5 agenți necesari pentru un post permanent, diferența de 0,71 agenți urmând să beneficieze de ore libere.

Procedând astfel, ofertatul nu a ținut cont însă de faptul că a diminuat cu o oră programul pentru cei ce prestează munca de noapte, dar cu menținerea nivelului de salarizare, ceea ce din punct de vedere financiar, în construire tarifului unitar, determină pornirea de la tariful de 18,145 lei/oră pentru un program de 159,38 ore, și nu 165,333 ore.

Astfel, tariful orar care stătea la baza calculului ofertei nu era de 18,145 lei/oră, ci 18,822 lei/oră, ofertantul diminuându-și artificial valoarea sporului de noapte.

Contestatoarea consideră că, atât timp cât în cuprinsul caietului de sarcini este prevăzut în mod expres numărul de ore aferent fiecărui post, ofertantul nu a lămurit prin oferta sa unde este cuprinsă cheltuiala cu ora liberă acordată în condițiile art. 126 lit. a) din Codul Muncii și cum și unde se reflectă cheltuiala cu angajatul care suplinește această oră liberă.

Aceasta susține că, în realitate, acesta este un artificiu foarte des uzitat de către operatorii, în cadrul serviciilor de pază, însă apreciază că și sub acest aspect nelegalitatea practicilor folosite este deja subliniată la nivelul jurisprudenței CNSC.

Cu privire la cheltuielile indirecte, solicită se se observe că ofertantul a prevăzut o valoare de 3.684,80 lei, la care a adăugat alte cheltuieli (echipament de lucru, contabilitate, instruire, vizite medicale, calificare profesională) în valoare de 43.000,00 lei/total contract.

Această valoare a cheltuielilor indirecte raportate la numărul de agenți propuși pentru derularea contractului și anume 52 agenți (5,21 agenți/post permanent x 10 posturi permanente), determină o cheltuială lunară/agent de 112,22 lei (46.684,80 lei/8 luni/52 agenți).

Cu privire la diminuarea tarifului prin utilizarea subvențiilor, petenta arată că, deși a prezentat convențiile și tabelele anexă ale acestora cu numele agenților, nu a fost prezentată declarația privind folosirea acestora în contract și domiciliul acestora, în condițiile în care dacă agenții de pază menționați își au domiciliul în județul, unde își are sediul ofertantul, aceasta implică o serie și mai mare de cheltuieli privind deplasarea, delegarea, diurna acestora, conform cu raționamentul expus și în cazul ofertantului câștigător în cadrul acestei oferte.

Contestatoarea mai susține că în propunerea financiară nu sunt prevăzute cheltuielile pentru asigurarea mașinilor de intervenție și deservire și nici cheltuielile cu asigurarea intervenției potrivit convenției de subcontractare.

Contestatoarea învederează că, deși avea obligația respectării prevederilor art. 65 alin. (2) și art. 136 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, prețul ofertat de acest ofertant a eludat obligațiile legale impuse în domeniul muncii.

În acest sens, se invocă definiția operatorului economic de art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016.

Pentru aceste considerente solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și motivată.

Cu adresa nr. 1954/21.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 21993/25.04.2023, ...a transmis punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației formulată de ca nefondată și neîntemeiată.

Autoritatea contractantă susține că, prin comisia de evaluare, și-a îndeplinit toate obligațiile legale prevăzute de art. 127 din H.G. nr. 395/2016, verificând ofertele depuse și solicitând lămuriri, acolo unde a fost cazul.

În ceea ce privește oferta financiară prezentată de Asocieria, autoritatea contractantă arată că acest ofertant a calculat un tarif orar de 23,36 lei/oră fără TVA, diminuat la 18,95 lei/oră fără TVA, prin folosirea de subvenții încheiate cu agențiile județene de ocupare a forței de muncă. Autoritatea contractantă susține că tariful ofertat a fost defalcat pe elemente de cost, fiind incluse cheltuielile rezultate din legislația muncii, respectiv sporul de noapte, sporul de week-end și de sărbători legale, indemnizația privind concediul de odihnă, contribuția asiguratorie de muncă și fondul de handicap, cheltuielile directe și indirecte, precum și profitul pe care intenționează să îl obțină din prestarea serviciului de pază. În calculul efectuat a fost avut în vedere un număr de 47 de agenți de pază, dintre care 26 sunt persoane subvenționate (17 dintre acestea fiind angajate la și 9 persoane la- convențiile nr. 298 și 299 din 03.10.202).

Autoritatea contractantă precizează că pentru toate cele 26 de persoane subvenționate utilizate în execuția contractului au fost prezentate convențiile, după cum se poate observa în oferta financiară.

Referitor la susținerea contestatoarei, potrivit căreia „are un obicei deja în a utiliza subvențiile obținute pentru un angajat în condițiile Legii nr. 76/2002 pentru mai multe proceduri de achiziție publică, deși suma de bani este primită o singură dată pe lună, pentru fiecare angajat”, autoritatea contractantă învederează că la pagina 5 a propunerii financiare, Asocieria declară ferm că nu a utilizat personalul titular al convențiilor în alte proceduri de achiziție și că va utiliza personalul propus în prestarea efectivă a acestor serviciilor.

Referitor la contribuția la Fondul de handicap, autoritatea contractantă învederează că la pagina 13 din propunerea financiară a Asocierii se găsește declarația privind obligațiile de plată la bugetul de stat - Formularul 100, pentru luna ianuarie 2023, din care rezultă că nu plătește această contribuție.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la propunerea tehnică a, autoritatea precizează că în urma solicitărilor de clarificări, această societate a declarat că cerința caietului de sarcini privind mașinile de intervenție și deservire, până la momentul subcontractării, va fi îndeplinită de către ofertant, care va aloca mașini de intervenție și deservire.

Referitor la propunerea financiară a, comisia de evaluare a constatat faptul că această societate detaliază în Centralizatorul de prețuri depus compensarea muncii de noapte, prin acordarea unei ore libere conform Contractului colectiv de muncă și art. 126 lit. a) din Legea nr. 53/2006 privind Codul Muncii. Astfel, pentru cele 245 zile ale contractului împărțite la 8 luni, revine o medie de 30,63 zile/ lună, respectiv 30,63 ore libere / lună.

Autoritatea contractantă mai precizează că acest ofertant a depus un număr de 20 de convenții ce urmează a fi utilizate în execuția contractului, după cum se poate observa în oferta financiară.

În punctul de vedere se invocă prevederile art. 136 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016, susținând că ofertantul a însoțit explicațiile sale

de dovezi concludente, așa cum sunt dovezile privind acordarea subvențiilor.

Autoritatea contractantă învederează că tariful ofertat de Asocieria, de 18,95 lei/oră, a rezultat ca urmare a aplicării subvențiilor, fără acestea tariful fiind de 23,36 lei/oră.

Autoritatea contractantă învederează că obiectul acestei proceduri îl constituie „Servicii de pază în incinta siturilor Sarmizegetusa Regia -Grădiștea de Munte, Costești - Cetățuie, Costești - Blidaru, Luncani -Piatra Roșie și Bănița", și nu „Prestarea serviciilor de pază în incinta siturilor Costesti - Cetățuie, Costești - Blidaru, Luncani - Piatra Roșie și Bănița", cum a menționat contestatoarea.

În subsidiar, se solicită să se constate că solicitarea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată este neîntemeiată.

Prin cererea de intervenție, ...solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației ca nefondată.

În justificarea interesului său, intervenienta arată că oferta sa s-a situat pe primul loc în clasament după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor DUAЕ.

Contrar susținerilor contestatoarei, intervenienta apreciază că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a respectat obligațiile ce-i revin, conform art. 127 alin. (1) lit. f) și h) din HG nr. 395/2016.

1) În ceea ce privește critica referitoare la diminuarea artificială a tarifului prin folosirea mai multor subvenții decât numărul de angajați efectiv utilizați în executarea contractului, intervenienta precizează că dintre cele 26 de convenții, doar 17 convenții sunt din partea, celelalte 9 convenții fiind depuse din partea

În concluzie, niciuna dintre părțile asociate, raportat la numărul de agenți de pază implicați, nu au depășit numărul de 23,5 agenți care trebuia asigurat, astfel spus, nu au încălcat principiile enunțate la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

2) În ceea ce privește susținerea contestatoarei, potrivit căreia zona Văii Jiului, de unde se află majoritatea angajaților prin convenții, este situată la aprox. 100 km de zona unde se solicită prestarea serviciilor, intervenienta menționează ca distanțele de la localitatea de domiciliu până la obiectivul în care agentul va presta serviciile, sunt în limitele legale, respectiv Călan - Situl Arheologic Sarmizegetusa -Grădiștea de Munte - 32 km, Sf. Maria Orlea - Situl Arheologic Sarmizegetusa - Grădiștea de Munte - 48 km, Deva - Situl Arheologic Costești - Cetățuie - 42 km, Petrila - Situl Arheologic Bănița - 13 km, Vulcan - Situl Arheologic Bănița - 23 km.

Mai mult decât atât, în propunerea financiară la pct. 11, este prevăzută suma de 100 lei/salariat, pentru transportul salariaților și care a fost luată în calculul tarifului unitar de 18,95 lei/oră.

Intervenienta susține că toate persoanele care sunt cu convenții sunt din județul Hunedoara, din localități apropiate obiectivelor aparținând autorității contractante unde vor presta serviciile.

3) Cu privire la contribuția la fondul de handicap, în condițiile Legii nr. 448/2006, intervenienta susține că, așa cum rezulta din Declarația 100, depusă la ANAF și aflată la ofertă, ...este scutit de la plata contribuției la fondul de handicap, pentru anul 2023 și nu pentru anul 2021.

Și remarca din contestație, conform căreia„are un obicei în a utiliza subvențiile obținute pentru un angajat în condițiile Legii nr.76/2002 pentru mai multe proceduri de achiziție publică", este, în opinia intervenientei, o alegație falsă și neprobată.

Fată de cele menționate, intervenienta susține că autoritatea contractantă a evaluat corect oferta sa, motiv pentru care solicită admiterea în tot a cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulate de

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23866/04.05.2023, contestatoarea a depus note scrise, prin care reiterează susținerile din contestație.

De asemenea, contestatoarea menționează că în mod corect prețul prețului oferit a fost diminuat „prin utilizarea unui număr de 17 de subvenții, dintre care 16 subvenții sunt alocate în baza convențiilor încheiate de către, iar 9 convenții sub atribuite

Cu toate acestea, susține că dovada subvențiilor alocate SC..... nu este realizată în mod corespunzător, întrucât:

- la dosarul cauzei nu sunt atașate toate cele convențiile pentru cei 9 angajați pretins alocați acestui contract;
- la dosarul cauzei nu sunt atașate niciun una dintre dispozițiile de finanțare emise de AJOFM în mod nominal pentru fiecare angajat în parte;
- la dosarul cauzei nu sunt depuse contractele individuale de muncă ale acestor angajați;
- la dosarul nu există dovezi concludente de unde să rezulte că aceste 9 persoane vor fi alocate în vederea executării acestui contract.

Contestatoarea susține că aceste date erau absolut necesare, întrucât din formularul de ofertă detaliat nu rezultă că societatea nu a prevăzut cheltuieli cu sporul de mobilitate, conform art. 25 din Codul Muncii, sau la plata contravaloarei cheltuielilor de cazare, deplasare și a unei indemnizații de delegare (art. 44 din Codul Muncii), pentru ipoteza executării obligațiilor de serviciu într-un alt loc decât cel unde își are domiciliul angajatul.

Din propunerea financiară reiese că a fost alocată suma de 100 lei/agent/lună pentru cheltuieli directe (management, șef obiectiv, transport salariați, cheltuieli neprevăzute), respectiv 4,85 lei/zi, care ar trebui să acopere toate cheltuielile directe menționate în propunerea financiară.

În opinia contestatoarei, atât timp cât nu se poate determina domiciliul celor 9 persoane care vor beneficia de subvenții, iar analiza acestor aspecte nu a fost efectuată de autoritatea contractantă, aceasta nu poate fi lămurită prin prezentele critici.

Referitor la distanțele dintre localitățile de domiciliu ale agenților și obiectivele pentru care trebuie să se asigure paza, contestatoarea dă ca exemplu distanța Deva – Situl Arheologic Costești - Cetățuie – 42 km, localități între care nu există transport public prin curse regulate, astfel încât transportul agenților trebuie efectuat cu mașinile din dotare ale ofertanților sau decontat agenților de pază.

Contestatoarea face un calcul, conform căruia pentru transport este necesară suma de 16,77 lei/agent/zi, adică cu mult mai mult decât cheltuiala prevăzută în oferta financiară, de 4,85 lei, cât a prevăzut ofertantul, fără a lua în considerare cheltuielile cu șeful de obiectiv și cele de management.

În ceea ce privește fondul de handicap, contestatoarea arată că din formularul de ofertă al ofertantului reiese că aceasta are un număr total de 1770 lei angajați, dintre care 65 persoane cu handicap, însă la dosarul cauzei nu sunt depuse niciun fel de dovezi concludente sub acest aspect, deși din practica CNSC reiese că este necesară depunerea contractului individual de muncă, pentru a se observa inclusiv norma de lucru a persoanelor cu handicap angajate, precum și dacă modul de calcul al contribuției datorate a fost corect calculată de către debitor.

Contestatoarea susține că nici și nici (pentru care a fost depusă strict declarația 100), nu au depus dovezile concludente și necesare pentru a dovedi că nu este datorată contribuția la fondul de handicap.

În ceea ce privește oferta depusă de, intervenienta reieterează susținerile din contestație.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 44.271,36 lei, prin recipisa de consemnare nr. 209074166/1/19.04.2023, emisă de CEC BANK – Sucursala Deva.

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) - (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă, ...a inițiat o procedură proprie aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2 pentru atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de pază în incinta siturilor Sarmisegetusa Regia - Grădiștea de Munte, Costești - Cetățuie, Costești - Blidaru, Lunca - Piatra Roșie și Bănița”, prin publicarea în SEAP a anunțului publicitar nr., împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 2.213.568 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

Conform procesului-verbal al ședinței de deschidere și evaluare a ofertelor, au depus oferte 7 operatori economici, printre care și contestatoarea

Potrivit raportului procedurii nr. 1874/11.04.2023, oferta depusă de s-a clasat pe locul 3, cu un preț unitar de 20,35 lei/oră, câștigătoare a procedurii fiind declarată oferta depusă de Asociera , cu un preț unitar de 18,95 lei/oră.

Împotriva acestui rezultat, ...a formulat prezenta contestație, în care critică ofertele clasate pe primele două locuri, depuse de Asociera (locul 1) și (locul 2).

În cadrul acestei proceduri, a depus cerere de intervenție, liderul Asocierii, câștigătoare a procedurii.

Având în vedere faptul că, în calitate de lider al asocierii declarată câștigătoare a procedurii, ...are interesul a se păstra actele întocmite de autoritatea contractantă în forma lor actuală, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de

În continuare, Consiliul va analiza criticile contestatoarei cu privire la oferta declarată câștigătoare, depusă de Asociera

Toate criticile cu privire la această ofertă vizează faptul că acest ofertant nu justifică prețul oferat.

O primă critică vizează faptul că operatorul economic a prevăzut diminuarea prețului prin acordarea de ajutor de stat, în condițiile Legii nr. 76/2022, depunând convenții pentru un număr de 26 agenți de pază.

Prin contestație susține că toate aceste convenții aparțin, deși, în conformitate cu numărul de agenți de pază necesari, respectiv 47 persoane și cu proporția de 50%- 50% din acordul de asociere, reieșea că fiecare membru al asocierii contribuie cu 23,5 agenți de pază, astfel că 2,5 din aceste convenții nu trebuie luate în considerare, ceea ce duce la declararea neconformității acestei oferte.

Consiliul constată că, ...a depus la propunerea financiară (pag. 159 și următoarele din ofertă) un număr de 17 convenții, însoțite de 17 dispoziții pentru încadrarea a 17 persoane (fiecare convenție pentru o persoană). Consiliul constată că în cele 17 dispoziții sunt nominalizate persoanele care vor beneficia de dreptul de finanțare a subvențiilor acordate.

De asemenea, ...a depus, două dispoziții, pentru subvenționarea unui număr de 16 persoane (dispoziția nr. 298/03.10.2022) și respectiv 6 persoane (dispoziția nr. 298/03.10.2022), însoțite de tabelele nominale cu datele de identificare ale acestor persoane. În propunerea financiară, ofertantul a specificat că toate cele 6 persoane din convenția/dispoziția nr. 298/03.10.2022 vor participa la contractul în cauză, iar din tabelele aferente dispoziției nr. 299/03.12.2022 a specificat faptul că vor participa doar 3 persoane pe care le-a și nominalizat.

Prin concluzii scrise, contestatoarea completează criticile din contestație, susținând că nu a făcut dovada subvențiilor alocate,

nedeponând convențiile în cauză, dispozițiile de finanțare nominală, contractele individuale de muncă.

Consiliul reține că în cazul în care un ofertant primește ajutor de la stat devin incidente prevederile art. 210 alin. (5) din Legea nr. 98/2016: „Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, **că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.**”

Consiliul mai reține că nici contestatoarea nu a depus contractele individuale de muncă, deși prin contestație susține că trebuiau depuse. Mai mult, convențiile depuse de contestatoare nu sunt însoțite de dispozițiile nominale aferente privind stabilirea finanțării, astfel că nu se poate vorbi de vreun tratament avantajos acordat de autoritatea contractantă asocierii declarată câștigătoare.

Consiliul constată, astfel, că prin documentele depuse (convenții și dispoziții emise de AJOFM), ambii membrii ai asocierii contestatoare demonstrează că ajutorul de stat a fost primit în condițiile Legii nr. 76/2002.

Deși, potrivit art. 249 din Codul de Procedură civilă, sarcina probei revine reclamantului, ...nu a făcut vreo referire la nelegalitatea acordării ajutorului de stat.

Mai mult, la finalul justificării tarifului ofertat (pag. 5 din propunerea financiară), asocierea declarată câștigătoare declară că „nu a utilizat personalul titular al convențiilor în alte proceduri de achiziție publică atribuite în favoarea societății noastre și că va utiliza personalul propus în prestarea efectivă a serviciilor”.

Consiliul are în vedere că organizarea internă a operatorului economic nu poate fi cenzurată de autoritatea contractantă, acesta având posibilitatea să își folosească subvențiile cum dorește. Le poate include în dezvoltare, poate susține un preț mai scăzut pentru a-și menține afacerea pe o piață concurențială dură, îi poate include în profit etc.

Potrivit art. 210 din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul unei oferte care are un preț sau cost aparent neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului sectorial/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, entitatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costul propus.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 64 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 232;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat."

(3) Entitatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a căruia ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele prevăzute la alin. (2).

(4) Entitatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 64 alin. (1).

(5) Atunci când entitatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de entitatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.

(6) În cazul în care entitatea contractantă respinge o ofertă pentru motivul prevăzut la alin. (5), va informa Comisia Europeană după consultarea cu Consiliul Concurenței."

În situația de față, operatorul economic a dovedit un ajutor de stat consistent, conform propunerii financiare, care justifică reducerea tarifului, neputându-se pune în discuție legalitatea acordării acestuia.

Așa cum s-a arătat mai sus, legislația incidentă, atunci când vorbește de ajutorul de stat, impune o singură condiție, ca acesta să fie obținut legal. A exclude posibilitatea folosirii respectivelor subvenții în raport cu statul, pentru contractele publice sau solicitarea unui probatoriu negativ (că nu s-ar fi utilizat aceste convenții în alt contract) nu concordă nici cu spiritul legii și nici cu litera ei, ar echivala cu adăugarea unei obligații în sarcina ofertanților neprevăzută de lege. Bineînțeles că acest raționament nu poate fi condus la absurd, ci prețul oferat trebuie să fie comparabil cu cel de pe piață, or în cazul de față acesta este unul comparabil.

Consiliul consideră relevante considerentele reținute de CJUE în cauza C 367/19 (Hotărârea CJUE din 10 septembrie 2020 (C-367/19 Tax-Fin-Lex), menționată mai sus, respectiv:

«32 Astfel, de la alineatul (1) al acestui articol (n.n. - articolul 69 din Directiva 2014/24) reiese că, în cazul în care o ofertă pare anormal de scăzută, autoritățile contractante solicită ofertantului să explice prețul sau costurile propuse în ofertă, aceste explicații putând, printre altele, să privească elementele prevăzute la alineatul (2) al articolului menționat. Explicațiile respective contribuie astfel la evaluarea fiabilității ofertei și ar permite să se demonstreze că, deși ofertantul propune un preț de 0 euro, oferta în cauză nu va afecta executarea corectă a contractului.

33. Astfel, în conformitate cu alineatul (3) al aceluiași articol, autoritatea contractantă trebuie să evalueze informațiile furnizate consultând ofertantul și nu poate respinge o asemenea ofertă decât dacă elementele de probă furnizate nu explică în mod satisfăcător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.

34. Evaluarea acestor informații trebuie, în plus, să fie efectuată cu respectarea principiilor egalității și nediscriminării între ofertanți, precum și ale transparenței și proporționalității, care se impun autorității contractante în conformitate cu articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24.

35. Prin urmare, argumentul unui ofertant care a depus o ofertă la prețul de 0 euro potrivit căruia prețul propus în oferta sa se explică prin faptul că urmărește să obțină accesul la o nouă piață sau la referințe dacă această ofertă este acceptată trebuie apreciat în contextul unei eventuale aplicări a articolului 69 din Directiva 2014/24.

36. Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, trebuie să se răspundă la întrebările adresate că articolul 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că acesta nu constituie un temei juridic pentru respingerea ofertei unui ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice doar pentru motivul că prețul propus în ofertă este de 0 euro.»

Prin urmare, având în vedere considerentele reținute judicios de Curtea de Justiție Europeană, comisia de evaluare trebuie să aibă în vedere că un operator care dispune de resurse, inclusiv de subvenții, are posibilitatea scăderii unor tarife, pentru a câștiga contractul, atât timp cât dovedește că îl poate executa în condițiile de calitate solicitate. Astfel, aprecierea de către comisia de evaluare a relevanței răspunsurilor ofertantului în ceea ce privește ajutorul de stat este corect.

Având în vedere obținerea în mod legal a ajutorului de stat, potrivit Legii nr. 76/2002, Consiliul consideră că singura autoritate care poate constata încălcarea documentelor cu privire la acest ajutor este instituția care l-a acordat, respectiv AJOFM, sau instanța de judecată.

De-a lungul anilor la Consiliu au fost depuse o mulțime de contestații cu privire la modul de folosire a acestui ajutor de stat, însă la complet nu s-a depus nici măcar un document din care să reiasă că vreun asemenea ajutor (convenție) a fost anulat pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de operatorul economic.

Prin urmare, Consiliul constată că Asocierea a justificat prețul aparent neobișnuit de scăzut oferat prin primirea în mod legal a unui ajutor de la stat, motiv pentru care Consiliul va respinge această critică.

O altă critică vizează faptul că majoritatea agenților angajați în baza convențiilor au domiciliul în zona, la aproximativ 100 km de zona de prestare a serviciilor, motiv pentru care, în opinia contestatoarei, se impunea luarea în considerare a cheltuielilor cu deplasarea sau detașarea și alocarea unei sume mai mari de 140 lei/lună.

În ceea ce privește distanțele de la locul de domiciliu la locul de prestare a serviciilor, Consiliul reține susținerile intervenientei, care prezintă distanțele exacte de la unele localități de domiciliu ale persoanelor angajate pe bază de subvenții la locurile de prestare a serviciilor, conform cărora aceste distanțe sunt cuprinse între 13 km și 48 km și nu de 100 km, așa cum susține contestatoarea.

Mai mult, Consiliul reține că nu prezintă niciun fel de relevanță faptul că are sediul în București, iar prestarea serviciilor se realizează în județul, în general, serviciile de pază desfășurându-se la sediul beneficiarului, și nu la un loc fix, cum ar fi sediul angajatorului. Consiliul reține că pentru astfel de servicii, în care mobilitatea personalului este una foarte ridicată, operatorii includ în contractele individuale de muncă așa-numita clauză de mobilitate, prevăzută la art. 25 din Codul muncii, cheltuielile cu salariații pentru o navetă obișnuită privindu-i pe salariați în mod exclusiv, nedecontându-se cheltuieli de delegare/detașare sau masă, în condițiile în care legislația nu impune acest lucru. În același timp, pentru astfel de servicii, unde se utilizează clauza de mobilitate, nu este necesar acordul de detașare, după cum nu este asigurată nici cazarea.

Astfel, potrivit art. 25 din Codul muncii: „(1) Prin clauza de mobilitate, părțile din contractul individual de muncă stabilesc că, în considerarea specificului muncii, executarea obligațiilor de serviciu de către salariat nu se realizează într-un loc stabil de muncă.”

Deci, pentru a beneficia de cheltuielile de cazare și diurnă, angajatul trebuie să își desfășoare activitatea la o adresă fixă, de regulă la sediul angajatorului ori la alte puncte de lucru, iar apoi să fie delegat pentru o perioadă de până la 30 zile sau detașat într-o altă localitate, de unde nu se poate înapoia la sfârșitul zilei de lucru, ori serviciile de pază se desfășoară la obiectivele pentru care angajatorul a semnat contracte de servicii de pază. Specificul postului impune deplasarea la locul indicat de angajator, situație întâlnită și în alte ramuri, cum ar fi sectorul construcțiilor, caz în care angajații respectivi vor merge oriunde pe șantierele angajatorului, fără, însă, a beneficia de drept de indemnizația de delegare și alocația de cazare.

De asemenea, a altă condiție stabilită în legislație se referă la imposibilitatea întoarcerii la sfârșitul programului de lucru, ori serviciile de pază se desfășoară, de regulă, în ture de 12/24, 12/48, angajații preferând să se întoarcă acasă la sfârșitul programului.

Prin urmare, nu se poate pune problema delegării sau detașării în situația de speță, așa cum pretinde contestatoarea, aceste instituții, prevăzute la art. 43 și 45 din Codul muncii, nefiind aplicabile în cauză.

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a deciziei nr. a Curții de Apel, în care aceasta a considerat că «în ceea ce privește criticile vizând cheltuielile cu indemnizația de delegare a persoanelor care nu au domiciliul în B_____, Curtea reține că acestea sunt neîntemeiate. Conform art. 25 alin. 1 din Codul muncii „prin clauza de mobilitate, părțile contractului individual de muncă stabilesc că, în considerarea specificului muncii, executarea obligațiilor de serviciu de

către salariat nu se realizează într-un loc stabil de muncă. În acest caz, salariatul beneficiază de prestații suplimentare în bani sau în natură.”

Ținând seama de aceste dispoziții legale, Curtea arată că oferta depusă de nu trebuia să conțină cheltuielile cu indemnizația de delegare, în speță nepunându-se problema delegării sau detașării. Aceste cheltuieli se aplică în situația în care salariatul are, conform contractului individual de muncă, un loc fix de prestare a activităților, iar în speță, activitatea se desfășoară la terți, fiind aplicabilă clauza de mobilitate prevăzută de art. 25 din Codul muncii. (..)».

Prin urmare, Consiliul va respinge și această critică.

Ultima critică referitoare la oferta depusă de Asocierea se referă la fondul de handicap pe care asociatul ar fi trebuit să îl achite, raportat la faptul că, potrivit bilanțului postat pe site-ul ANAF acest operator economic avea peste 1000 de angajați, și la declarația ANAF depusă la finele anului 2021.

Prin notele scrise transmise în urma studiului dosarului cauzei la Consiliu, ...are un total de 1770 angajați dintre care 65 sunt persoane cu handicap, însă nu au fost depuse dovezi concludente în acest sens, cum ar fi contractul individual de muncă pentru a se verifica inclusiv norma de muncă a persoanelor cu handicap.

Consiliul reține că în ceea ce privește fondul de handicap în propunerea financiară Asocierea a justificat acest fond de handicap, în valoare de 9,83 lei/ lună/agent, astfel: are 1770 angajați, $1770 \times 4\% = 70,8$ persoane cu handicap. $70,8 - 65$ (persoane cu handicap încadrate cu normă întreagă conform documentelor anexate) = 5,8. 5,8 persoane pentru care se plătește fondul de handicap $\times 3000$ lei = 17.400,00 lei. $17.400,00$ lei : 1770 = 9,83 lei- fond de handicap.

.....nu plătește fond de handicap conform declarației 100 anexată.”

Consiliul reține că în ofertă se găsește un extras REVISAL pentru, cuprinzând 1770 persoane, precum și Declarația 100 a pentru luna ianuarie 2023, conform căreia acest operator economic nu plătește fond de handicap.

Consiliul reține că, în ceea ce privește asociatul, acesta a prezentat Declarația 100 pentru luna ianuarie 2023, conform căreia acest operator economic nu plătește fond de handicap. Fondul de handicap se stabilește în baza acestei declarații depuse la ANAF, prin urmare, Consiliul constată că a fost făcută dovada că nu plătește fond de handicap.

În ceea ce privește asociatul, Consiliul reține că în propunerea financiară acest operator economic a justificat modul de calcul a contribuției la fondul de handicap. Mai mult, a depus și extrasul din REVISAL din care rezultă numărul de angajați. Justificarea depusă, precum și documentele depuse au fost considerate suficiente de către autoritatea contractantă.

De altfel, așa cum reiese din procesul-verbal intermediar 3 nr. 1774/04.04.2023, autoritatea contractantă a solicitat explicații cu privire

la modul de calcul al fondului de handicap de la 5 ofertanți, între care nu s-a aflat și Asocierea, care a prezentat o astfel de justificare în cuprinsul propunerii financiare.

Consiliul constată că în ceea ce privește verificarea fondului de handicap, autoritatea contractantă a respectat principiile tratamentului egal, transparenței, proporționalității și asumării răspunderii, solicitând aceleași explicații tuturor ofertanților și fără a solicita vreunui alte documente doveditoare.

Consiliul constată, astfel, că autoritatea contractantă a efectuat verificări cu privire la justificarea prețului pe baza unor documente emise sau verificate de instituții specializate de verificare și control, așa cum sunt ANAF, ITM sau AJOFM, cu respectarea principiului tratamentului egal, proporționalității și asumării răspunderii, fără a se substitui acestora și a face propriile verificări, astfel, nefiind necesară solicitarea prezentării de contracte de muncă sau alte documente pentru zeci sau sute de salariați.

În acest sens, Consiliul are în vedere și faptul că această procedură este una proprie, în care autoritatea contractantă nu are obligația aplicării integrale a legislației achizițiilor publice, ci doar a respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Ori, Consiliul a putut constata pe parcursul soluționării contestației, că autoritatea contractantă a respectat principiile achizițiilor publice și îndeosebi, tratamentul egal, transparența, proporționalitatea și asumarea răspunderii.

Prin urmare, Consiliul constată că Asocierea a justificat prețul oferit, motiv pentru care Consiliul va respinge toate criticile referitoare la această ofertă.

Având în vedere că, în această situație, indiferent de rezultatul analizării criticilor cu privire la oferta situată pe locul II, depusă de, oferta contestatoarei nu mai poate deveni câștigătoare a acestei proceduri, Consiliul nu va mai proceda la analiza criticilor cu privire la oferta depusă de

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu

În consecință, având în vedere decizia de respingere a contestației, în temeiul art. 66 și 67 din Codul de Procedură Civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația depusă de, în contradictoriu cu

În temeiul art. 66 și 67 din Codul de Procedură Civilă, admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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