



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. 158/C5/2966

Data: 20.01.2023

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată de emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, în original înregistrată la Consiliu sub nr. 59004/05.12.2022 și, respectiv, sub nr. 59199/05.12.2022, ... SRL, cu sediul în municipiul, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de dl., în calitate de administrator, a contestat documentația de atribuire, elaborată în cadrul procedurii proprii, având ca obiect încheiere „Acord-cadru servicii de pază și protecție la Spitalul Județean de Urgență Dr. Constantin Oprea - - 2022”, inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul, județul, solicitând „anularea parțială a documentației de atribuire - fișa de date a achiziției - punctul II.3. Ajustarea prețului contractului, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a cerințelor documentației de atribuire și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației”.

Cererea de suspendare a procedurii formulată de SRL, a fost soluționată prin Încheierea nr. 3106/C5/2966 din 08.12.2022.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

În susținerea contestației, ... SRL a precizat că autoritatea contractantă a demarat procedura proprie de achiziție publică privind atribuire „Acord-cadru servicii de pază și protecție la - - 2022”, prin publicarea documentației de atribuire, la data de 23.11.2022, pe site-ul....., termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare fiind 08.12.2022.

Contestatorul consideră că documentația de atribuire conține prevederi nelegale, care contravin dispozițiilor legale cuprinse în cadrul art. 222 indice 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv apreciază a fi nelegale prevederile referitoare la Ajustarea prețului contractului (punctul II.3), din fișa de date a achiziției:

„Prețul Acordului Cadru poate fi ajustat/actualizat anual, anterior încheierii unui contract subsecvent, în cazul în care există prevederi legale intervenite ulterior încheierii Acordului Cadru privind modificări ale salariului minim pe economie.

Prețul ofertat nu poate fi modificat în primele 6 luni de la finalizarea procedurii și semnarea acordului-cadru. (...)

Ajustarea prețului va putea fi realizată numai înainte de încheierea unui nou contract subsecvent, la solicitarea scrisă, motivată, a părții interesate, transmis[celeilalte părți cu cel puțin 10 zile înainte de întocmirea contractului subsecvent. Ajustarea/actualizarea prețului va fi acceptată de ambele părți anterior încheierii contractului subsecvent. Ajustarea/actualizarea prețului nu va fi posibilă pentru contractul subsecvent aflat în derulare la data înregistrării solicitării”.

Conform acestor prevederi, autoritatea contractantă impune, în mod nelegal, interdicția ajustării prețurilor pe perioada contractelor subsecvente, indiferent de modificările legislative privind salariul minim pe economie. Or, în cadrul contractelor de pază, cea mai importantă componentă a prețului este salarizarea personalului.

Raportat la aceste prevederi nelegale, chiar în situația în care, prin acte normative, se majorează salariul minim pe economie, iar legiuitorul obligă operatorii economici să asigure acest salariu minim, operatorului economic îi este interzisă ajustarea prețului.

Contestatorul consideră că, prin această mențiune din documentația de atribuire, se încalcă Legea nr. 98/2016, respectiv prevederile art. 222² care prevăd:

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

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

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

(4) Ajustarea prețului, fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (2) și (3), este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte

administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul acordului-cadru/contractului.”

De asemenea, contestatorul precizează că, la momentul formulării contestației, în spațiul public, sunt anunțate intențiile legiuitorilor de majorare a salariului minim pe economie, începând din data de 01.01.2023.

Astfel, în situația în care anterior adoptării acestor modificări se încheie contractul subsecvent, operatorul economic nu mai are dreptul la ajustarea prețului, cu toate că prevederile legale o impun. Legiuitorul, în cadrul art. 222 indice 2 din Legea nr. 98/2016, prevede, în mod expres, dreptul operatorului de a beneficia de ajustarea prețului contractului, la momentul apariției unor modificări legislative, indiferent dacă autoritatea contractantă a prevăzut această posibilitate.

În concluzie, această interdicție de ajustare a prețului, indiferent de modificările legislative adoptate pe parcursul derulării contractului subsecvent, este în contradicție cu prevederile legale menționate mai sus, sens în care este nelegală. Pentru a alinia prevederile din documentația de atribuire în acord cu legislația privind achizițiile publice se impune anularea acestei prevederi și obligarea autorității contractante de a adopta măsuri de remediere, în sensul menționării posibilității ajustării prețului acordului- cadru/contractului subsecvent pe parcursul derulării acestuia, ori de câte ori sunt adoptate modificări legislative al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul acordului-cadru/contractului.

Prin corespondența, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 59156/05.12.2022, ... SRL a făcut dovada constituirii cauțiunii aferente contestației. Ulterior, respectiva corespondență a fost transmisă la dosarul cauzei, înregistrată la Consiliu sub nr. 59213/05.12.2022, având anexată, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208621355/1 din 02.12.2022, eliberată de CEC BANK- Sucursala, în sumă de 66.500,00 RON.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 59531/06.12.2022, autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), strategia de contractare și o captură de ecran din care reiese publicarea, la data de 23.11.2022, pe site-ul propriu a anunțului de publicitate, a documentației de atribuire și a caietului de sarcini.

Prin adresa nr. 59751/2966/C5/07.12.2022, Consiliul a încunoștiințat autoritatea contractantă cu privire la depunerea contestației de către SRL și i-a solicitat să precizeze valoarea celui mai mare contract subsecvent al procedurii, având în vedere că această valoare nu a fost identificată în documentele aflate la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 33700/07.12.2022, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 60153/08.12.2022, autoritatea contractantă a precizat, printre altele, faptul că valoarea celui mai mare contract subsecvent este de 1.641.098,40 lei.

Prin adresa nr. 1942/17.01.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SRL. Corespondența a fost înregistrată de către Consiliu sub nr. 2889/18.01.2023.

Prin punctul de vedere, ... solicită respingerea, ca nefondată, a contestației, dar și a oricărei cereri de obligare a sa la plata cheltuielilor efectuate de contestator, ocazionate de soluționarea cauzei și/sau orice cheltuieli de judecată.

În ceea ce privește fondul contestației, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, acordul-cadru este definit astfel:

„c) acord-cadru - acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere.”

Prin fișa de date a achiziției, publicată împreună cu anunțul de organizare a procedurii, s-a stabilit că durata acordului-cadru este de 24 luni, iar numărul de participanți la acordul-cadru este 3. Conform prevederilor art. 188 din Legea nr. 98/2016, executarea acordului-cadru care se încheie cu mai mulți operatori economici, se desfășoară astfel:

„(1) În cazul în care acordul-cadru este încheiat cu mai mulți operatori economici, acordul-cadru se execută în unul dintre următoarele moduri:

a) fără reluarea competiției, în conformitate cu termenii și condițiile prevăzute în cuprinsul său, în cazul în care acordul-cadru stabilește toți termenii și condițiile care reglementează execuția lucrărilor, prestarea serviciilor și furnizarea produselor care constituie obiectul său, precum și condițiile obiective în funcție de care se stabilește care dintre operatorii economici parte la acordul-cadru va executa lucrările, va presta serviciile sau va furniza produsele.”

Dispozițiile art. 222² alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează posibilitatea de ajustare a prețului prin actualizare, dar nu obligația de ajustare. Prin alin. (2) și (3) ale aceluiași articol se reglementează faptul că posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în acordul-cadru, așa cum s-a și realizat în cadrul procedurii.

Așa cum arată și contestatorul, sunt anunțate intențiile legiuitorului de majorare a salariului minim pe economie, începând cu data de 01.01.2023. Orice operator economic interesat poate să depună o ofertă fundamentată financiar, întrucât deține toate informațiile necesare în documentele publicate.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura proprie, de atribuire a acordului-cadru având ca obiect încheiere „Acord-cadru servicii de pază și protecție la Spitalul Județean de Urgență Dr.

Constantin Opreș - - 2022", prin publicarea pe site-ul propriu a anunțului de publicitate nr. 32233/21.11.2022, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la data de 08.12.2022 ora 9:50, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, cuprinsă între 2.603.121,60 și 3.282.196,80 RON, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 1.641.098,40 RON, fără TVA.

Nemulțumit de prevederile documentației de atribuire, operatorul economic SRL a depus prezenta contestație.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de contestatorul SRL, a fost admisă de către Consiliu, fiind dispusă suspendarea procedurii de atribuire, prin Încheierea nr. 3106/C5/2966 din 08.12.2022.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 611 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208621355/1 din 02.12.2022, eliberată de CEC BANK- Sucursala, în sumă de 66.500,00 RON.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Consiliul ia act de faptul că, în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat că procedura proprie, în cauză, se desfășoară în baza Legii nr. 98/2016.

Litigiul părților privește modul de ajustare a prețului contractului, contestatorul considerând a fi nelegală prevederea din fișa de date a achiziției (secțiunea II.3):

„Prețul Acordului Cadru poate fi ajustat/actualizat anual, anterior încheierii unui contract subsecvent, în cazul în care există prevederi legale intervenite ulterior încheierii Acordului Cadru privind modificări ale salariul minim pe economie.

Prețul ofertat nu poate fi modificat în primele 6 luni de la finalizarea procedurii și semnarea acordului-cadru.

Formula de ajustare/actualizare: $P_{ua} = C_a + R_p$ $C_a = I_a \times C_i$ Unde:

P_{ua} = prețul unitar actualizat

C_a = componenta prețului afectată de actualizare - actualizată

R_p = restul prețului unitar (neafectat de actualizare)

I_a = indicele de actualizare (de exemplu: I_a = Salar minim actualizat/salar minim inițial)

C_i = componenta prețului afectată de actualizare - inițială

Ajustarea prețului va putea fi realizată numai înainte de încheierea unui nou contract subsecvent, la solicitarea scrisă, motivată, a părții interesate, transmisă celeilalte părți cu cel puțin 10 zile înainte de întocmirea contractului subsecvent. Ajustarea/actualizarea prețului va fi acceptată de ambele părți anterior încheierii contractului subsecvent. Ajustarea/actualizarea prețului nu va fi posibilă pentru contractul subsecvent aflat în derulare la data înregistrării solicitării”.

Contestatorul susține că, potrivit documentației de atribuire, nu este permisă ajustarea prețului pe timpul derulării contractului, chiar dacă salariul minim pe economie se va modifica, de exemplu din 01.01.2023.

Consiliul reține că autoritatea contractantă urmărește ca, în baza acordului-cadru pe care-l va încheia, să atribuire unul sau mai multe contracte subsecvente, așa cum se precizează în fișa de date a achiziției/IV.1.3 *Informații privind un acord-cadru sau un sistem dinamic de achiziții:*

„Ofertele trebuie depuse pentru: Acord-cadru

Acord cu mai mulți operatori: Acord cu mai mulți operatori Numărul maxim preconizat de participanți la acordul-cadru: 3

Durata acordului cadru: 24 luni

Frecvența și valoarea contractelor ce vor fi atribuite:

- un contract subsecvent pana in data de 31.12.2023;

- unul sau mai multe contracte subsecvente de la 01.01.2024 până la încetarea acordului-cadru.”

Din cuprinsul punctului de vedere emis de achizitor, Consiliul reține că acesta, invocând prevederile art. 222² alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, susține că nu are obligația de ajustare a prețului, chiar dacă, în timpul derulării contractului, intervin modificări legislative în ceea ce privește salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Însă, potrivit art. 222² alin. (4) din Legea nr. 98/2016: *„Ajustarea prețului, fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (2) și (3), este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul acordului-cadru/contractului.”*

Așadar, ajustarea prețului, în cazul în care au loc modificări legislative, nu este lăsată de legiuitor la latitudinea autorității contractante, deci nu este o opțiune a achizitorului, astfel cum susține acesta.

În fapt, spitalul consideră că, deși ofertantul are obligația respectării, în timpul executării contractului a salariului minim garantat (respectiv să suporte creșterile stabilite de legiuitor), decontarea serviciilor nu va ține cont de modificările legislative, intervenite după semnarea contractului, asupra salariului minim garantat.

Astfel, dacă ultimul contract subsecvent se va semna, de exemplu, în noiembrie 2024 (cu execuție până în februarie 2025), autoritatea contractantă nu va accepta modificarea prețului contractului, ca urmare a eventualei majorări a salariului minim garantat, ce poate surveni de la 1 ianuarie 2025.

Pe de altă parte, pe parcursul derulării contractelor subsecvente, în cele 24 de luni ale acordului-cadru, pot interveni modificări legislative cu impact asupra prețului contractului (cum ar fi cele referitoare la taxe, impozitul pe venit, impozitul pe salariu, contribuția de asigurare socială, contribuția de sănătate etc.).

Or, obligarea ofertantului să presteze serviciile la noile costuri (ce cuprind salarii afectate de noile taxe/impozite/contribuții), fără decontarea lor de către beneficiar (autoritatea contractantă, în speță), va produce un dezechilibru economic al contractului, respectiv o imposibilitate de finalizare a serviciilor de pază la prețurile neactualizate/neajustate.

În consecință, autoritatea contractantă este obligată ca, la stabilirea regulilor de ajustare a prețului, să respecte și prevederile art. 222² alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Pentru a asigura o informare corectă a operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire și pentru respectarea principiului transparenței, instituit de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, revine autorității contractante obligația modificării documentației de atribuire, în sensul eliminării interdicției de ajustare a prețului pe timpul derulării contractului.

Astfel, pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să remedieze documentația de atribuire a procedurii proprii, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă completările/modificările, astfel efectuate, la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură și să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire, cu respectarea celor evocate în motivare.

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 pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...