



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. 511/C1/386

Data: 30.03.2020

Prin contestația nr. 1315/05.03.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 8898/05.03.2020, formulată de SC SRL cu sediul în loc., str., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO....., reprezentată legal prin, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 3209/04.03.2020, emis de către în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str., ... în cadrul procedurii de achiziție având ca obiect: „.....”, cod CPV: 79713000-5, s-a solicitat:

- anularea comunicării sus menționate prin care a fost declarată câștigătoare SC SRL;
- declararea ca neconformă și/sau inacceptabilă a ofertei SC SRL întrucât nu poate justifica tariful orar propus astfel încât să fie îndeplinite toate obligațiile legale prevăzute în Codul Muncii;
- obligarea autorității contractante să pună în aplicare decizia CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020 în ceea ce privește loturile 1, 2, 3, 4 și 5 sub aspectul reevaluării ofertelor financiare ale SC SRL și SC Compania de Pază Pantera SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării deciziei menționate.

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

Contestatorul arată că în urma evaluării ofertelor s-a desemnat câștigătoare oferta SC SRL după cum este prezentată în adresa

de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3209/04.03.2020 cu următoarele tarife:

1. OS Lunca Cetățuiei – valoare ofertată 47.402,58 lei; nr. ore 2928; tarif mediu rezultat 16,19 lei.

2. OS Dobrovăț – valoare ofertată 58.092,87 lei; nr. ore 3660; tarif mediu rezultat 15,87 lei.

3. OS Pădureni – valoare ofertată 83.377,91 lei; nr. ore 5284; tarif mediu rezultat 15,78 lei.

4. OS Răducăneni – valoare ofertată 58.092,87 lei; nr. ore 3660; tarif mediu rezultat 15,87 lei.

5. Secția de Producție Santa – valoare ofertată 83.377,91 lei; nr. ore 5284; tarif mediu rezultat 15,78 lei.

De asemenea arată că potrivit deciziei CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020, autoritatea contractantă era obligată să reevalueze ofertele financiare ale SC SRL având în vedere prețul neobișnuit de mic raportat la obligațiile prevăzute în Codul Muncii, Legea nr. 448/2006 și legislația incidentă.

Contestatorul susține că în conformitate cu decizia Consiliului, SC SRL nu justifică fundamentarea tarifului sub următoarele aspecte:

1. contribuția la fondul de handicap,
2. suma pentru cheltuielile indirecte pentru 12 luni de doar 4,73 lei - procent de doar 0,01% alocat,
3. toate taxele și cheltuielile angajate de prestator pentru serviciile prevăzute în fișa de date și caietul de sarcini,
4. lipsa cheltuielilor directe destinate efectuării serviciilor (uniforme, bastoane, pulverizatoare, lanterne, telefoane mobile, documente specifice),
5. cuantumul deosebit de scăzut al profitului, respectiv $0,01\% = 4,63 \text{ lei/an}$.

Mai mult, contestatorul susține că și dacă fondul de handicap ar fi 0 lei (justificat prin deținerea unui număr de cel puțin 4% persoane cu handicap din numărul total de angajați) tariful minim pentru fiecare lot în parte simulat cu cheltuieli directe, indirecte și profit ar fi mai mare decât valorile ofertate de SC SRL.

Contestatorul face o simulare pentru Lotul 1 (2928 ore doar de noapte) rezultând un tarif mediu de 17,05 lei/oră.

Tariful pentru acest lot care are doar ore de noapte în opinia sa trebuie să fie minim 15,96 lei/oră fără concediile de odihnă, iar SC SRL l-a stabilit în ofertă de doar 16,19 lei/oră.

Diferența de 16,19 lei - 15,96 lei = 0,23 lei/oră înmulțită cu nr. 2928 ore rezultă 673,44 lei pentru concediile de odihnă ale celor 2,39 agenți de pază.

Prin urmare, susține că este evident că suma prevăzută de SC SRL de 47.402,58 lei (16,19 lei/oră) nu acoperă obligațiile minime prevăzute de lege (codul muncii, etc).

Contestatorul prezintă o simulare și pentru Loturile 2 și 4 (3.660 ore) rezultând un tarif mediu de 16,44 lei/oră.

Tariful pentru acest lot care are 3.660 ore din care, 2.808 ore de noapte, 150 ore sărbători legale (30 ore de zi și 120 ore de noapte) și 702 ore de zi, trebuie să fie minim 15,95 lei/oră fără concediile de odihnă, iar SC SRL l-a stabilit în ofertă de doar 15,87 lei/oră.

Contestatorul prezintă o simulare și pentru Loturile 3 și 5 (5284 ore).

Tariful pentru acest lot care are 5.284 ore din care 2808 ore de noapte, 360 ore sărbători legale (240 ore de zi și 120 ore de noapte) și

2116 ore de zi, trebuie să fie minim 15,48 lei/oră fără concediile de odihnă, iar SC SRL l-a stabilit în ofertă de doar 15,78 lei/oră.

Diferența de 15,78 - 15,48 lei = 0,30 lei/oră înmulțită cu nr. 5284 ore rezultă 1585,20 lei pentru concediile de odihnă ale celor 4,31 agenți de pază (nu se acoperă concediul de odihnă în anul contractual nici măcar pentru un singur agent).

Contestatorul arată că din prezentări, în simulările loturilor 2, 3, 4 și 5 nu sunt deloc prevăzute sume pentru concediile de odihnă iar tariful oferat de SC SRL este și el sub valoare minimă pentru

respectarea celorlalte condiții prevăzute în Codul Muncii (spor de noapte și spor de sărbători legale pentru 15 zile).

De asemenea, contestatorul precizează că așa cum rezultă din raportul inițial al procedurii, SC SRL nu justifică tariful prin prisma Legii nr. 76/2002 - „subvenție AJOFM”. Din acest motiv, consideră că la reevaluarea ofertelor nu se poate justifica oferta sub incidența acestei legi.

Totodată, arată că așa cum rezultă din raportul inițial al procedurii, autoritatea contractantă (pag. 37-42) face calcule eronate pentru stabilirea tarifului minim orar pentru fiecare lot în parte și nu ține cont de prevederile legale, după cum a arătat în contestația inițială.

Prin urmare contestatorul solicită să se constate că autoritatea contractantă nu s-a conformat deciziei CNSC și la reevaluarea ofertei SC SRL pentru toate cele 5 loturi nu a ținut cont că fundamentarea tarifului trebuie să aibă în vedere toate obligațiile impuse de lege.

În ceea ce privește reevaluarea ofertei financiare pentru lotul 3, susține că se impune ca oferta SC SRL să fie declarată neconformă și inacceptabilă pentru motivele arătate mai sus. Prin urmare, în conformitate cu decizia CNSC, consideră că se impunea reevaluarea ofertei financiare și pentru lotul 3.

Față de cele arătate solicită:

- admiterea contestației în sensul anulării comunicării nr. 3209 din 04.03.2020 prin care a fost declarată câștigătoare oferta SC SRL.

- declararea ca neconformă și/sau inacceptabilă a ofertei SC Compania de Paza Pantera SRL întrucât nu poate justifica tariful orar propus astfel încât să fie îndeplinite toate obligațiile legale prevăzute în Codul Muncii.

- obligarea autorității contractante să pună în aplicare decizia CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020 în ceea ce privește loturile 1, 2, 3, 4 și 5 sub aspectul reevaluării ofertelor financiare ale SC SRL și SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării deciziei menționate.

Prin adresa datată eronat nr. 328/20.01.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 10366/16.03.2020, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206154700/1, tranzacția: 950531061/1713731220 din data de 09.03.2020, emisă de CEC Bank – sucursala, în valoare de 8.307,00 lei.

Prin adresa nr. 3450/GD/09.03.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 9274/09.03.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația SC SRL prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu „calculația prețului unitar ofertat” depusă odată cu oferta de către

oferantul declarat câștigător, acesta a detaliat modul de calcul al prețului unitar, astfel:

„Elaborarea ofertei financiare s-a făcut în conformitate cu:

- HG nr. 937/2018, pentru stabilirea salariului de baza minim brut pe țară garantat în plată; Codul Muncii - Legea nr. 53/2003 cu modificările și completările ulterioare, referitor la:

1. Munca de noapte;
2. Repausul săptămânal;
3. Munca în timpul zilelor considerate „sărbătorilor legale”;
4. Concediul de odihnă.

Din calculația prezentată autoritatea solicită Consiliului să constate că aceasta nu se abate de la obligațiile legale prevăzute în Codul Muncii, respectiv:

- Tariful orar aplicat respectă prevederile Hotărârii Guvernului nr. 937/2018, pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată valabil la data depunerii ofertelor.

- Munca de noapte - va fi plătită în conformitate cu prevederile art. 126 lit. a) și anume „Salariații de noapte vor beneficia de un program de lucru redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază”.

- Munca în tipul zilelor considerate sărbători legale se va acorda în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) și anume: salariații care lucrează în zilele de sâmbătă și duminică vor beneficia de un spor la salariu.

- Concediul de odihnă se va acorda în conformitate cu prevederile art. 145 din Codul Muncii.

Față de cele prezentate mai sus, solicită Consiliului să constate că modul de calcul prezentat de SC SRL, este unul corect și include toate sporurile prevăzute de Codul Muncii prin raportare la cerințele documentației de atribuire.

Referitor la solicitarea SC SRL adresată Consiliului în sensul „Obligării autorității contractante să pună în aplicare Decizia CNSC nr. 232/CI/21,37 din 13.02.2020”, autoritatea face precizarea ca a pus imediat în aplicare Decizia mai sus menționată, chiar dacă unele elemente referitoare la data transmiterii comunicării rezultatului procedurii către ofertantul contestator nu corespund cu acțiunile autorității contractante (comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 15180/30.12.2019 nu a fost transmisă de autoritatea contractantă prin fax ci prin e-mail, la data de 30.12.2019, la adresa menționată de acesta în formularul DUAЕ - office@realprotectionguard.ro - dovada transmiterii comunicării fiind prezentată Consiliului la pag. 51 din dosarul transmis cu adresa 1240/G.D./28.01.2020).

Pentru punerea în aplicare a Deciziei CNSC, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertelor financiare depuse de SC SRL pentru loturile 1 - 5 și a SC SRL pentru lotul nr. 5, întocmind în acest sens Procesul verbal al ședinței de evaluare nr. 72/24.02.2020 prin care s-a decis să se solicite clarificări ofertantului SC SRL, în conformitate cu motivarea deciziei CNSC.

Răspunsul la solicitarea de clarificări al SC SRL a fost analizat de comisia de evaluare a ofertelor, conform Procesului verbal al ședinței de evaluare nr. 74/27.02.2020 prin care a decis că ofertantul a justificat în mod corespunzător nivelul aparent neobișnuit de scăzut al prețului ofertat.

Având în vedere cele prezentate autoritatea contractantă precizează că în baza proceselor verbale ale ședințelor de evaluare nr. 72/ 24.02.2020 și nr. 74/27.02.2020, comisia de evaluare a apreciat ca fiind admisibile

ofertele depuse de SC SRL pentru loturile 1 - 5 și a SC SRL pentru lotul nr. 5.

Prin adresa nr. 1561/17.03.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 10521/17.03.2020, contestatorul transmite precizări față de punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul arată că, deși autoritatea contractantă susține că oferta financiară a SC SRL nu se abate de la obligațiile legale incidente (codul muncii, codul fiscal, codul civil, Legea nr. 448/2006, etc) din simulările detaliate în contestația sa rezultă în mod clar faptul că tariful ofertat nu poate cuprinde nici măcar obligațiile salariale (spor de

noapte 25%, spor de sărbători legale 100% și indemnizația de concediu de odihnă).

Prin urmare susține că este evident că celelalte cheltuieli legate de prestarea serviciului (indirecte, directe) nu au fost avute în vedere de către ofertant.

De asemenea, susține că acesta nu a avut în vedere o marjă de profit care să justifice caracterul oneros al contractului.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de achiziție având ca obiect: „.....”, cod CPV: 79713000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare din 25.21.2019, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 415.348,00 RON. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În soluționarea prezentei cauze, se reține că, anterior pe rolul Consiliului a fost depuse:

- contestația nr. **005/08.01.2020**, înregistrată la CNSC sub nr. 775/09.01.2020 formulată de SC SRL împotriva raportului procedurii nr. 15131/CP/30.12.2019, emis de către în calitate de autoritate contractantă, prin care s-a solicitat:

1. anularea raportului procedurii nr. 15131/CP/30.12.2019, publicat în SICAP în data de 07.01.2020, ora 15:38, ca fiind nelegal și netemeinic;

2. anularea documentelor subsecvente care au stat la baza emiterii raportului procedurii nr. 15131/CP/30.12.2019 și a comunicării nr. 15186/ 30.12.2019, comunicare care nu respectă prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în sensul că autoritatea contractantă nu a înscris în comunicare cărui operator economic participant în procedură i s-au atribuit contractele de servicii și cu ce valoare;

3. reevaluarea propunerilor tehnice depuse de contestator pentru toate cinci loturile cu respectarea prevederilor înscrise în documentația de atribuire.

- contestația nr. 233/13.01.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1301/14.01.2020, formulată de SC SRL, împotriva raportului procedurii nr. 15131/30.12.2019 postat în SICAP la 07.01.2020, emis de către SA prin care s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii prin care a fost desemnată câștigătoare SC SRL;

- declararea ca neconformă și/sau inacceptabilă a ofertei SC SRL întrucât nu poate justifica tariful orar propus astfel încât să fie îndeplinite toate obligațiile legale prevăzute de Codul muncii;

- declararea ca admisibilă a ofertei contestatorului în ceea ce privește loturile 3 și 5.

Prin Decizia nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020, Consiliul a dispus: „Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu SA, în ceea ce privește oferta SC SRL pentru lotul 5 și ofertele SC SRL pentru loturile 1, 2, 3, 4 și 5 și, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare”.

Întrucât Decizia Consiliului **nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020** nu a fost atacată cu plângere, aceasta este definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Având în vedere că, potrivit prezentei contestații, SC SRL critică modul de reevaluare a ofertelor financiare aferente loturilor 1-5, aparținând SC SRL și ținând seamă de faptul că potrivit Deciziei nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020 definitivă și executorie, Consiliul a respins criticile contestatorului pentru lotul 3 referitoare la oferta sa, cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat.

În esență, aceasta semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio) iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Față de cele de mai sus, se reține că, prin Decizia nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020, Consiliul s-a pronunțat definitiv asupra neconformității ofertei depuse de SC SRL în cadrul lotului 3 motivat de faptul că această ofertă nu cuprindea niciun fel de cheltuieli de natura celor prevăzute la art. 122 și art. 123 din Codul Muncii.

Având în vedere faptul că SC SRL nu a atacat decizia Consiliului în termenul prevăzut la art. 29 din Legea nr. 101/2016, aceasta a rămas definitivă și executorie, de unde rezultă că acest operator economic a achiesat cu privire la neconformitatea ofertei sale în cadrul lotului 3, devenind incidente în acest caz prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

Potrivit art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 se instituie regula conform căreia „o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură”, calitate pe care SC SRL nu o mai are ca urmare a faptului că decizia de respingere a ofertei sale în cadrul lotului 3 a rămas definitivă și executorie, pierzând astfel, orice interes în legătură cu procedura de atribuire în sensul art. 3 alin. (1) lit. f) pct. (i) din Legea nr. 101/2016.

În cauza C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, CJUE s-a pronunțat astfel:

„27 Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat, în raport cu Hotărârea din

4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), în sensul că se

opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr- o procedură de atribuire

a unui contract de achiziții publice printr- o decizie a autorității

contractante care a rămas definitivă și care, prin urmare, nu este un ofertant interesat în sensul articolului 2a din această directivă să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

28 În această privință, trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau

riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5

aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

29 La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că

Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448),

constituia o concretizare a cerințelor dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în împrejurări în care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care

urmăresc excluderea lor reciprocă. Astfel, într-o asemenea situație,

fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

30 Cu toate acestea, situația în discuție în cauza principală se distinge foarte clar de situațiile în discuție în cele două cauze în care au

fost pronunțate Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12,

EU:C:2013:448), și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13,

EU:C:2016:199).

31 Pe de o parte, ofertele depuse de ofertanții interesați în cauzele în care au fost pronunțate acele două hotărâri nu făcuseră obiectul unei decizii de excludere a autorității contractante, spre deosebire de oferta depusă de grup în cauza principală.

32 Pe de altă parte, în aceste două cauze, fiecare ofertant contesta legalitatea ofertei celuilalt în cadrul uneia și al aceleiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4

iulie 2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, și

Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul

24). În schimb, în prezenta cauză principală, grupul a formulat o cale de atac mai întâi împotriva deciziei de excludere adoptate în privința sa, iar ulterior împotriva deciziei de atribuire a contractului, această a doua procedură fiind cea în cadrul căreia a invocat neregularitatea ofertei adjudecatului.

33 Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din Hotărârea din

4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), și din Hotărârea din

5 aprilie 2016, *PFE* (C- 689/13, EU:C:2016:199), nu este aplicabil

situației procedurale și contencioase în discuție în litigiul principal.

34 Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la soluționarea

acestei contestații, deciziile ulterioare care i- ar aduce prejudicii în

ipoteza în care excluderea sa ar fi anulată.

35 În aceste condiții, articolul 1 alineatul (3) din această directivă nu poate fi interpretat în sensul că se opune ca unui ofertant cum este grupul să îi fie refuzat accesul la calea de atac împotriva deciziei de

atribuire a contractului, în cazul în care acesta trebuie să fie considerat ofertant exclus definitiv în înțelesul articolului 2a alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă.

36 Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul că nu se opune ca

unui ofertant care a fost exclus dintr- o procedură de atribuire a unui

contract de achiziții publice printr- o decizie rămasă definitivă a

autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatarul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecatar ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă”.

Pe cale de consecință, Consiliul reține că, ținând seamă de prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 este exclusă condiția existenței unui interes actual și direct și totodată a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce oferta SC SRL a fost respinsă definitiv iar din acest motiv, operatorul în cauză nu are interes în legătură cu procedura de atribuire pentru lotul 3 și, prin urmare, nu îndeplinește una din cele 2 condiții care trebuie îndeplinite în mod cumulativ potrivit art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016 pentru a fi considerat persoană care se consideră vătămată.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, va respinge ca lipsite de interes criticele formulate în cadrul lotului 3 de către SC SRL în contradictoriu cu SA.

Analizând celelalte critici referitoare la modul de evaluare a ofertelor aferente loturilor 1, 2, 4 și 5, Consiliul apreciază ca fiind relevante în soluționarea prezentei cauze, următoarele considerații din motivarea deciziei **CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020**, definitivă și irevocabilă:

„Procedând la analiza criticilor formulate de SC SRL, Consiliul reține că aceasta este nemulțumit de modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă propunerile financiare depuse de ofertantul desemnat câștigător pentru loturile 1-5, depuse de SC Compania de Pază Pantera SRL și ofertele depuse de contestator pentru loturile 3 și 5.

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 15131/C.P./30.12.2019 (pag. 8-75 din vol. 2 al dosarului cauzei), în cadrul loturilor 1, 2 și 4 au fost desemnate admisibile ofertele depuse de SC SRL și de SC SRL iar pentru loturile 3 și 5 doar ofertele depuse de SC SRL.

În urma aplicării criteriului de atribuire au fost desemnate câștigătoare pentru toate cele 5 loturi ofertele depuse de SC SRL.

În ceea ce privește societatea contestatoare SC SRL, aceasta s-a situat pe locul 2 în cadrul loturilor 1, 2 și 4 și a fost respinsă în cadrul loturilor 3 și 5 motivat

de faptul că tariful ofertat nu include cheltuielile prevăzute la art. 122 și art. 123 din Codul muncii.

Față de cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația formulată de SC SRL analizând modalitatea în care a verificat autoritatea contractantă prețul ofertelor depuse de SC SRL pentru loturile 3 și 5 și de SC SRL pentru cele 5 loturi, raportat la prevederile documentației de atribuire și legislația incidentă.

În acest sens, Consiliul va reține că, la secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare denumite generic „fișa de date a achiziției”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

„Oferta financiară se va cripta în SEAP. Propunerea financiară se va prezenta în lei. Prețurile din ofertă vor include toate costurile necesare pentru ca serviciile să corespundă cerințelor din caietul de sarcini. Oferta financiară va cuprinde: Formularul de ofertă și Anexa la Formularul de ofertă. Prețurile din ofertă vor cuprinde toate cheltuielile necesare pentru ca serviciile prestate să corespundă cerințelor din caietul de sarcini, precum și toate taxele legale și alte cheltuieli angajate de prestator. Nu se acceptă oferte parțiale în cadrul formularului de ofertă. Ofertanții au obligația de a detalia în cadrul propunerii financiare și modul de fundamentare a tarifului unitar ofertat, tarif unitar care va respecta legislația privind nivelul de salarizare, prevederile codului muncii, Legii nr. 333/2003, HG nr. 301/2012 etc”.

La pag. 3 din caietul de sarcini (fila 341 din vol. 2 al dosarului cauzei), autoritatea contractantă a enumerat din ce trebuie să fie compusă dotarea minimă solicitată pentru prestarea serviciilor de pază, respectiv „1. uniformă tip, adecvată sezonului și ecusoane; 2. baston de cauciuc sau tonfa; 3. pulverizator de substanțe iritant lacrimogene; 4. pulverizator de substanțe iritant lacrimogene de capacitate medie; 5. mijloace de avertizare sonoră și luminoase (fluier, lanternă); 7. mijloace de comunicare - telefon mobil, etc. 8. documente specifice serviciului de pază” iar la pag. 4 a precizat programul de lucru pentru fiecare din cele 5 loturi respectiv 8 ore/zi, 10 ore/zi sau 24 ore/zi.

Din analiza cerințelor mai sus iterate, rezultă faptul că, ofertanții aveau obligația de a detalia și include în cadrul propunerilor financiare raportat la salariul minim pe economie toate sporurile legale (spor de noapte, spor de weekend, sărbători legale, ore suplimentare) cheltuielile directe (mijloacele tehnice de apărare și de protecție cu care este dotat, uniforme, spray iritant lacrimogen, baston de cauciuc, lanterna și telefon mobil sau radiotelefon) și indirecte inclusiv fondul de handicap. De asemenea, având în vedere că natura contractului de achiziție publică ce urmează a se încheia este unul oneros, este evident că, la stabilirea propunerii financiare trebuie avut în vedere și o cotă de profit.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că SC SRL a depus în cadrul ofertelor pentru loturile 3 și 5 detalierea tarifului unitar ofertat (pag. 323-324 și 331-332 din vol. 2 al dosarului cauzei), în cadrul căruia se regăsește salariul de bază, taxa de solidaritate de 2,25%, contribuția la fondul de handicap, sporul de noapte și cel aferent muncii în sărbătorile legale, concediul de odihnă și cheltuieli indirecte în cuantum de 4% în care sunt enumerate „uniforme, logistică, telefoane, stații, asigurări, fișa medicală periodică, autorizații etc”.

Prin adresa nr. 347/09.12.2019 (pag. 303 din vol. 2 al dosarului cauzei), autoritatea contractantă a solicitat contestatorului programul de lucru al agenților de pază, din care să rezulte numărul de ore prestate în fiecare zi a săptămânii de fiecare dintre agenții de pază.

La această solicitare de clarificări, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 347/09.12.2019 pentru lotul 3 și lotul 5 (pag. 308 și pag. 312 din vol. 2 al dosarului cauzei).

Din analiza răspunsului transmis de contestator, Consiliul reține următoarele aspecte:

- serviciile de pază aferente lotului 3 urmează să fie prestate de către 2 agenți de pază, dintre care primul va lucra 54 de ore pe săptămână (10 ore luni, 10 ore joi, 10 ore vineri, 12 ore sâmbătă și 12 duminică) iar cel de-al doilea va lucra 44 de ore pe săptămână (10 ore marți, 10 ore miercuri, 12 ore sâmbătă și 12 ore duminică);

- serviciile de pază aferente lotului 5 urmează să fie prestate de 3 agenți de pază, din care agentul 1 va lucra 30 de ore pe săptămână (câte 10 ore pe zi luni, miercuri și joi), agentul 2 va lucra 44 de ore pe săptămână (10 ore marți, 10 ore miercuri, 12 ore sâmbătă și 12 ore duminică) iar agentul 3 va lucra 24 de ore pe săptămână (câte 12 ore sâmbătă și duminică), cu precizarea „se vor aloca un număr

de ore către agentul nr. 3 funcție de norma prevăzută în luna respectivă, astfel încât să nu se efectueze ore suplimentare”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale din Codul Muncii:

- art. 111: *„Timpul de muncă reprezintă orice perioadă în care salariatul prestează munca, se află la dispoziția angajatorului și îndeplinește sarcinile și atribuțiile sale, conform prevederilor contractului individual de muncă, contractului colectiv de muncă aplicabil și/sau ale legislației în vigoare”;*

- art. 112 alin. (1): *„Pentru salariații angajați cu normă întreagă durata normală a timpului de muncă este de 8 ore pe zi și de 40 de ore pe săptămână”;*

- art. 120 alin. (1): „Munca prestată în afara duratei normale a timpului de muncă săptămânal, prevăzută la art. 112, este considerată muncă suplimentară”;

- art. 122: „(1) Munca suplimentară se compensează prin ore libere plătite în următoarele 60 de zile calendaristice după efectuarea acesteia. (2) În aceste condiții salariatul beneficiază de salariul corespunzător pentru orele prestate peste programul normal de lucru. (3) În perioadele de reducere a activității angajatorul are posibilitatea de a acorda zile libere plătite din care pot fi compensate orele suplimentare ce vor fi prestate în următoarele 12 luni”;

- art. 123: „(1) În cazul în care compensarea prin ore libere plătite nu este posibilă în termenul prevăzut de art. 122 alin. (1) în luna următoare, munca suplimentară va fi plătită salariatului prin adăugarea unui spor la salariu corespunzător duratei acesteia. (2) Sporul pentru munca suplimentară, acordat în condițiile prevăzute la alin. (1), se stabilește prin negociere, în cadrul contractului colectiv de muncă sau, după caz, al contractului individual de muncă, și nu poate fi mai mic de 75% din salariul de bază”.

Având în vedere faptul că SC SRL a transmis autorității contractante prin răspunsul la solicitarea de clarificări faptul că ambii agenți de pază aferenți lotului 3 vor lucra mai mult de 40 de ore pe săptămână (54 de ore agentul 1 și 44 de ore agentul 2), însă detalierea tarifului unitar ofertat pentru lotul 3 (pag. 323-324 din vol. 2 al dosarului cauzei) nu cuprinde niciun fel de cheltuieli de natura celor prevăzute la art. 122 și art. 123 din Codul Muncii, Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins în mod corect oferta contestatorului pentru lotul 3.

Pe de altă parte, în ceea ce privește lotul 5, Consiliul reține că raționamentul comisiei de evaluare nu ține seama de explicația contestatorului „se vor alocă un număr de ore către agentul nr. 3 funcție de norma prevăzută în luna respectivă, astfel încât să nu se efectueze ore suplimentare” deoarece agentul nr. 3 are alocate numai 24 de ore pe săptămână din cele 40 posibile, având astfel posibilitatea legală să presteze și cele 4 ore suplimentare alocate agentului 2 conform explicațiilor contestatorului.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită critica contestatorului privind modalitatea de evaluare a ofertei sale pentru lotul 5 și să respingă critica aferentă lotului 3.

În ceea ce privește criticile contestatorului privind ofertele SC Compania de Pază Pantera SRL desemnate câștigătoare pentru toate cele 5 loturi, Consiliul **reține că, potrivit anexelor la formularele de oferte aflate la pag. 271, 273, 275, 277 și 279 și explicațiilor din înscrisul „calculație preț unitar (lei fără TVA/oră/agent) perioada 12 luni”, acest operator economic a inclus în tariful ofertat o serie de cheltuieli salariale (salariul de bază, spor de sărbători legale, spor de noapte etc) însă nu se regăsesc niciun fel de aplicații referitoare la sumele necesare pentru asigurarea dotărilor prevăzute în mod expres în caietul de sarcini, ci doar o categorie generică de cheltuieli denumită „cheltuieli indirecte” care reprezintă 0,01% din valoarea cheltuielilor cu salariile și contribuția asiguratorie de muncă.**

Cu titlu de exemplu, Consiliul reține din anexa la formularul de ofertă aferent lotului 1 că ofertantul **SC SRL a alocat suma de 4,73 lei reprezentând cheltuieli indirecte pentru cele 12 luni de prestare a serviciilor de pază aferente lotului nr. 1, din care ar trebui suportate toate cheltuielile prevăzute în caietul de sarcini și legislația incidentă (uniforme, logistică, telefoane, stații, asigurări, fișa medicală periodică, autorizații etc) pe durata de 1 an.**

Prin participarea la procedură, operatorii economici au ales, prin propria voință, să oferteze un anumit preț/tarif, asumându-și implicit și riscurile care urmau a fi produse, respectiv demonstrarea ulterioară a sustenabilității și conformității acesteia cu cerințele caietului de sarcini.

Oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul ofertat nu este prezumat a fi valabil și admis, realitatea acestuia trebuind să fie verificată de comisia de evaluare și confirmate de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante.

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/ neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească cu exactitate dacă propunerile financiare depuse de ofertanți sunt reale și ferme.

Numai în urma obținerii și verificării detalierii tuturor elementelor de cost oferite, autoritatea contractantă putea stabili conformitatea, **sustenabilitatea realitatea și corectitudinea formării acestora, cu atât mai mult cu cât autoritatea a stabilit un mod uniform de elaborare a propunerilor financiare, de natură să faciliteze sesizarea elementelor de cost aparent neobișnuit de scăzute, cum este cuantumul de doar 0,01% alocat de către SC SRL cheltuielilor indirecte.**

Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare trebuie să țină cont de toate prevederile caietului de sarcini și de toate prevederile legale în vigoare, astfel nu pot propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate doar în baza unei simple decizii comerciale. În încercarea de a oferi un preț cât mai scăzut, **operatorii economici nu pot face reduceri de costuri, în condițiile în care autoritatea contractantă menționat în cadrul fișei de date că „Prețurile din ofertă vor cuprinde toate cheltuielile necesare pentru ca serviciile prestate să corespundă cerințelor din caietul de sarcini, precum și toate taxele legale și alte cheltuieli angajate de prestator. Nu se acceptă oferte parțiale în cadrul formularului de ofertă”.**

Având în vedere **lipsa din oferta SC SRL a oricăror cheltuieli destinate explicit cheltuielilor prevăzute în caietul de sarcini (uniforme, baston de cauciuc sau tonfa, pulverizator de substanțe iritant lacrimogene, pulverizator de substanțe iritant lacrimogene de capacitate medie, fluier, lanternă, telefon mobil, documente specifice serviciului de pază) coroborat cu sumele foarte mici alocate de către SC SRL pentru cheltuielile indirecte, Consiliul reține că, înainte de a adopta o decizie privind ofertele acestuia pentru loturile 1, 2, 3, 4 și 5, autoritatea contractantă ar fi trebuit să îi solicite clarificări prin care acest operator economic să demonstreze modalitatea concretă în care va asigura agenților de pază dotările solicitate prin caietul de sarcini.**

Raționamentul de mai sus este pe deplin aplicabil și în ceea ce privește justificarea prețului ofertat, cu un **profit de 4,63 lei/an reprezentând 0,01% din suma ofertată pentru lotul 1, ținând seama de caracterul oneros al contractului de achiziție publică astfel cum este definit la art. 3 lit. l) din Legea nr. 98/2016 și nicidecum unul cu titlu gratuit.**

Justificarea prețului ofertat înseamnă **prezentarea de elemente concrete de formare a prețului și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final verificarea corectitudinii prețului ofertat.**

Solicitarea informațiilor referitoare la modul de formare a prețului este dublată de obligația comisiei de verificare a acestora, verificare care trebuie să vizeze verificarea tuturor aspectelor financiare implicate de oferta depusă, cu respectarea strictă a prevederilor documentației de atribuire.

Faptul că autoritatea contractantă a ales să organizeze o procedură de achiziție servicii de pază în cadrul căreia a solicitat ca propunerea financiară să conțină doar formularul de ofertă și anexa acestuia nu poate exonera potențialii ofertanți de obligația să determine prețul ofertat în corelare strictă cu cheltuielile aferente executării efective a contractului în cauză, aspect subliniat de autoritatea contractantă în mod repetat secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare denumite generic „fișa de date a achiziției”, potrivit căruia „Prețurile din ofertă vor include toate costurile necesare pentru ca serviciile să corespundă cerințelor din caietul de sarcini (...)”.

Ofertanții nu trebuie să vizieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă avea obligația de a evalua ofertele financiare ținând seama

de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus.

În cadrul Hotărârii din 19 octombrie 2017, CJUE s-a pronunțat în cauza C-198/16 astfel:

„50 În acest sens, articolul 139 alineatul (1) din Regulamentul nr. 2342/2002 prevede că, dacă, pentru un anumit contract, ofertele par să aibă prețuri anormal de mici, înainte de a respinge ofertele în cauză numai din acest motiv, autoritatea contractantă solicită în scris detalii privind elementele constitutive ale ofertei pe care le consideră relevante și verifică aceste elemente constitutive, după audierea corespunzătoare a părților, ținând cont de explicațiile primite.

51 Astfel, această dispoziție stabilește obligația autorității contractante, în primul rând, de a identifica ofertele suspecte, în al doilea rând, de a permite ofertanților în cauză să demonstreze caracterul serios al acestora, solicitându-le precizările pe care le consideră oportune, în al treilea rând, de a aprecia relevanța explicațiilor furnizate de persoanele interesate și, în al patrulea rând, de a lua o decizie cu privire la admiterea sau la respingerea ofertelor menționate (a se vedea prin analogie Hotărârea din 27 noiembrie 2001, Lombardini și Mantovani, C 285/99 și C 286/99, EU:C:2001:640, punctul 55)“.

(...)

Totodată, Consiliul reține că, prin modul diferențiat, superficial și discriminatoriu în care a evaluat ofertele depuse de societatea câștigătoare comparativ cu cea depusă de contestator, autoritatea contractantă nu a respectat principiile tratamentului egal și nediscriminării statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)“.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare, Consiliul constată că activitatea acesteia nu s-a desfășurat, în ceea ce privește ofertele desemnate câștigătoare pentru cele 5 loturi, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind

nelegalitatea evaluării ofertelor depuse de SC SRL sunt justificate, urmând să fie admise”.

Urmare a deciziei mai sus pronunțate, prin care autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertelor, aceasta din urmă a solicitat ofertantului SC SRL prin adresa nr. 73/24.02.2020 (pag. 11 din dosarul achiziției), următoarele clarificări:

- *„Având în vedere lipsa din oferta dvs. a sumelor destinate cheltuielilor prevăzute în caietul de sarcini (uniforme, baston de cauciuc sau tonfă, pulverizator de substanțe iritant lacrimogene, fluier, lanternă, telefon mobil, documente specifice serviciului de pază), precum și*

sumele foarte mici alocate pentru cheltuieli indirecte, vă solicităm să demonstrați modalitatea concretă în care veți asigura agenților de pază dotările solicitate prin caietul de sarcini;

- Prezentați documente relevante care să ateste cele afirmate de dvs. în conținutul ofertei financiare referitoare la fondul de handicap – societatea are angajați persoane cu handicap în procent de 4% din numărul de angajați;

- Justificați prețul ofertat, cu un profit de 4,63 lei/an pentru lotul 1, 5,67 lei/an pentru loturile 2 și 4 și 8,15 lei/an loturile 3 și 5 și ținând seama de caracterul oneros al contractului de achiziție publică, astfel cum este definit la art. 3 lit. l) din Legea nr. 98/2016 și nicidecum unul cu titlu gratuit”.

La această solicitare de clarificări, SC Compania de Pază Pantera SRL a răspuns prin adresa nr. 3258/25.02.2020 la care a anexat:

- convenții încheiate cu Agenția Județeană pentru Ocuparea Forței de Muncă Iași în baza art. 85 din Legea nr. 76/2002;

- ofertă de preț din 21.01.2019 pentru uniforme și bocanci;

- documente contabile aferente unor echipamente specifice serviciilor de pază (spray, tonfă, articole de îmbrăcăminte);

- certificate de încadrare în grad de handicap și registrul de salariați la 25.02.2020.

Analizând la rândul său propunerile financiare pentru cele loturile 1, 2, 4 și 5 și răspunsul la solicitarea de justificare a prețului transmisă de SC SRL raportat la prevederile legale, documentația de atribuire și considerentele Deciziei CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020, Consiliul constată următoarele aspecte:

- contrar instrucțiunilor explicite din cuprinsul caietului de sarcini SC Compania de Pază Pantera SRL nu a prevăzut în propunerea sa financiară nicio sumă destinată expres dotărilor specifice serviciilor de pază (uniforme, baston de cauciuc sau tonfa, pulverizator de substanțe iritant lacrimogene, pulverizator de substanțe iritant lacrimogene de capacitate medie, fluier, lanternă, telefon mobil, documente specifice serviciului de pază);

- ulterior, în etapa de reevaluare a ofertelor dispusă prin Decizia CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020, SC SRL a transmis comisiei de evaluare prin adresa de răspuns la solicitarea de justificare a prețului nr. că 3258/25.02.2020 că suma necesară asigurării dotărilor specifice serviciilor de pază care lipsesc din oferta sa este de 10.612,75 lei conform tabelului centralizator, documentelor contabile și ofertei anexate;

- potrivit aceluiași răspuns la solicitarea de justificare a prețului, SC SRL dispune de sumele necesare pentru asigurarea dotării agenților de pază din subvențiile acordate în baza convențiilor încheiate cu AJOFM Iași, al căror quantum de 76.500 lei este superior cheltuielilor menționate;

- astfel, deși în propunerea financiară SC SRL nu a prevăzut niciun fel de cheltuieli pentru asigurarea dotării agenților cu uniforme, baston de cauciuc sau tonfa, pulverizator de substanțe iritant lacrimogene, pulverizator de substanțe iritant lacrimogene de capacitate medie, fluier, lanternă, telefon mobil, documente specifice serviciului de pază, ulterior în răspunsul la solicitarea de justificare a prețului, același ofertant a prevăzut pentru același tip de cheltuială suma de 10.612,75 lei aferentă unui număr de 20 de agenți care ar urma să presteze serviciile de pază;

- totodată, pentru a da o aparență de legalitate propunerii sale financiare, SC SRL a prevăzut în răspunsul la solicitarea de justificare a prețului suma de 76.500 lei reprezentând subvenții acordate de stat pentru angajarea unor șomeri, din care 10.612,75 lei ar fi utilizați pentru dotarea agenților cu uniforme și mijloacele de apărare specifice iar diferența s-ar adăuga la profitul de 0,01% prevăzut în propunerea sa financiară inițială.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, pentru a acoperi lipsa cheltuielilor cu dotările și lipsa profitului din propunerea sa financiară, SC SRL a ales prin propria manifestare de voință să-și modifice propunerea financiară prin adăugarea acestor sume care lipseau și scăderea unei valori numerice egale cu acestea invocând subvenții AJOFM care nu se regăseau în oferta sa inițială, aspect prin care acest ofertant a demonstrat autorității contractante modul eronat, superficial și lipsit de sustenabilitate în care a fost elaborată oferta sa inițială.

Astfel cum a fost reținut în mod definitiv în Decizia CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020, ofertele depuse, reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul (cu toate elementele de cost prevăzute în caietul de sarcini și actele normative incidente) nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante. Autoritatea contractantă nu poate accepta ofertarea unor tarife pentru un contract care se va implementa în viitor - având la bază costuri care, în mod cert, nu vor putea fi respectate și care la momentul depunerii ofertelor erau sau trebuiau cunoscute de operatorii economici.

Referitor la acest aspect, Consiliul reține că, deși SC SRL și-a modificat propunerea financiară prin răspunsul la solicitarea de clarificări, recunoscând astfel în mod implicit faptul că propunerea sa financiară depusă inițial nu conține toate elementele de cost necesare prestării serviciilor, autoritatea contractantă nu a respins oferta acestuia astfel cum ar fi trebuit să procedeze motivat de faptul că prețul ofertat nu poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini ci a ales să declare oferta SC SRL admisibilă și ulterior câștigătoare, cu încălcarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, Consiliul reține că, prin adresa nr. 3258/25.02.2020 de răspuns la solicitarea de justificare a prețului, SC SRL a transmis autorității contractante că procentul de 0,01% aferent cheltuielilor indirecte ar fi fost determinat *„prin procedurile proprii, interne ale societății, cheia de repartitie pe contractele existente și/sau ofertate fiind stabilită pe baza propriilor analize (...)”*, fără să indice

concret ce cheltuieli care ar putea fi asigurate din aceste sume (de exemplu ce ar putea să achite din suma de 4,63 lei/an reprezentând cheltuieli directe pentru lotul 1).

În analiza modalității de reevaluare a ofertelor depuse de SC Compania de Pază Pantera SRL pentru loturile 1, 2, 4 și 5, Consiliul va reitera faptul că adresa de solicitare clarificări nr. 3258/25.02.2020 de comisia de evaluare acestui operator economic a avut ca scop clarificarea motivelor pentru care SC Compania de Pază Pantera SRL nu a prevăzut în tariful acordat niciun fel de sume destinate asigurării dotărilor din caietul de sarcini și clarificarea modalității de determinare a sumelor

exagerat de mici alocate pentru cheltuieli indirecte și profit în oferta sa astfel cum s-a reținut în mod definitiv și irevocabil în Decizia CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020.

Ca urmare a clarificărilor din etapa de reevaluare dispusă de CNSC, SC SRL a transmis comisiei de evaluare faptul că toate dotările și profitul vor fi suportate din convenții încheiate cu AJOFM, fără să țină cont de faptul că această modalitate subvenționare nu a fost prevăzută în propunerea sa financiară depusă inițial în cadrul celor loturilor 1, 2, 4 și 5.

Astfel cum s-a reținut în mod definitiv în considerentele Deciziei CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020, *„În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:*

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații

în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Ori, adăugarea unor cheltuieli cu dotările care lipseau din propunerea financiară și a unor modalități de subvenționare în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nu poate fi considerată nici simplă clarificare și nici eroare materială evidentă care să fie acceptată de către autoritatea contractantă ci este dovada clară că propunerile financiare

depuse de către SC SRL au fost elaborate doar în scopul vicerii rezultatului prin ofertarea unor prețuri nesustenabile care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate decât în baza unor simple decizii comerciale, aspect recunoscut de SC SRL în răspunsul la solicitarea de clarificări prin sintagma „(...) procentul și implicit valoarea cheltuielilor nu se repartizează neapărat uniform ci poate fi distribuit inegal între contractile concomitente sau succesive, întrucât natura contractelor poate fi diferită sau unitară și similar și abordarea acestora se face prin prisma unor calcule de oportunitate comună (...)”.

Explicațiile SC SRL anterior menționate nu reprezintă, în fapt, o justificare a prețului, ci o explicație generică cu privire la modul empiric în care a aproximat acest ofertant valoarea ofertată.

Totodată, Consiliul va reitera considerentele reținute în mod definitiv în Decizia CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020, potrivit căroră **„Solicitarea informațiilor referitoare la modul de formare a prețului este dublată de obligația comisiei de verificare a acestora, verificare care trebuie să vizeze verificarea tuturor toate aspectelor financiare implicate de oferta depusă, cu respectarea strictă a prevederilor documentației de atribuire”.**

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că verificarea justificărilor propunerilor financiare depuse de ofertanți nu se limitează doar la formularea unei solicitări și la simpla inventariere/reproducere a răspunsurilor transmise de ofertant, astfel cum a procedat conform procesului verbal de reevaluare a ofertelor nr. 74/27.02.2020 (pag. 52-57 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), ci este un proces laborios, constând în verificarea tuturor argumentelor și înscrisurilor din răspunsul ofertantului raportat la propunerea financiară depusă inițial de acesta și care să confere autorității contractante certitudinea că serviciile descrise în ofertă pot fi prestate la prețul și în condițiile prevăzute în propunerea financiară depusă până la data limită de depunere stabilită în anunțul de participare.

Raportat la principiile prevăzute în Legea nr. 98/2016 și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu, autoritatea contractantă punând în aplicare doar în mod formal măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 232/C1/21,37 din 13.02.2020 și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertelor depuse de SC SRL pentru loturile 1, 2, 4 și 5 este întemeiată, urmând să fie admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor va admite în

parte contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu SA, în ceea ce privește loturile 1, 2, 4 și 5, va anula raportul procedurii și actele subsecvente aferente acestora și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei aparținând SC SRL cu respectarea prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 15 zile.

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu SA, în ceea ce privește loturile 1, 2, 4 și 5 anulează raportul procedurii și actele subsecvente aferente acestora și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei aparținând SC SRL cu respectarea prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 15 zile.

Respinge ca lipsite de interes criticile formulate în cadrul lotului 3 de către SC SRL în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 20 (douăzeci) pagini.