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. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 1974/19.08.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 32109/20.08.2019, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ... formulată împotriva procedurii simplificate privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Servicii pază, protecţie, monitorizare, alarmare şi intervenţie rapidă”, organizată de către ...cu sediul în .... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea rezultatului procedurii comunicat prin intermediul SICAP în data de 14.08.2019, a raportului procedurii de atribuire şi a actelor subsecvente acestuia, ca fiind netemeinice şi nelegale,
- reevaluarea ofertei situată pe primul loc, în conformitate cu legislaţia în vigoare.

Prin adresa nr. 7879/27.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 33393/28.08.2019, SC ... SRL, cu sediul în Bucureşti, str. Frunzişului nr. 4, sector 4, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulează cerere de intervenţie voluntară în cadrul procedurii de atribuire antemenţionate, prin care solicită admiterea cererii de intervenţie şi, implicit, respingerea contestaţiei înaintată de către SC ... SRL.

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 1974/19.08.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 32109/20.08.2019, SC ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante conform căreia, oferta sa s-a clasat pe locul II, cu o ofertă de preţ de 349.643,52 ron fără TVA, pe locul I clasându-se SC ... SRL cu o ofertă de „10.70” ron fără TVA.

În susţinerea acţiunii sale, petenta menţionează că în data de 16.08.2019, a solicitat autorităţii prin adresa nr 1956/16.08.2019, accesul pentru studierea dosarului achiziţiei în baza art. 216 alin. (6) din Legea 98/2016, reprezentanţii autorităţii refuzând accesul la dosar, respectiv la documentaţia ofertantului clasat pe primul loc motivând, în scris, prin documentul nr. 5474/19.08.2019, faptul că nu îi pot da acces din cauza declaraţiei de confidenţialitate a operatorului economic ... SRL.

Având în vedere preţul neobişnuit de scăzut de 10,70 lei/ora/post, raportat la costurile minime pe care le va avea orice operator economic de bună credinţă, prin respectarea tuturor obligaţiilor legale în vigoare, pentru prestarea serviciilor ce fac obiectul prezentei achiziţii şi în lipsa transparenţei şi a posibilităţii consultării temeiniciei ofertei, contestatoarea invocă existenţa suspiciunii motivate că ofertantul induce în eroare autoritatea contractantă.

Din experienţa consultării documentaţiilor şi ofertelor operatorului SC ... SRL cu ocazia altor proceduri de achiziţie publică anterioare, contestatoarea a constatat practica constantă a ofertării unor preţuri extraordinar de mici, iar din justificarea acestora s-au redus arficial costuri prin omisiunea intenţionată a unor componente de cost, în special în zona costurilor cu sporurile salariale aferente orelor de lucru de noapte, de weekend şi sărbători legale, pentru perioada aferentă prestării serviciilor ofertate, în zona costurilor cu eventuale ore suplimentare, în zona costurilor cu concediile de odihnă, în zona costurilor aferente obligaţiilor legale cu privire la securitatea şi sănătatea în muncă, costurile aferente obligaţiilor legale cu privire la dispoziţiile art. 44 alin. (4) din HG nr. 301/2012 cu privire la pregătirea continuă a personalului de execuţie, costurile aferente obligaţiilor legale cu privire la dispoziţiile Legii nr. 448/2006 privind protecţia şi promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, costurile directe cu dotarea agenţilor, echipamente, comunicaţii, tipizate obligatorii, etc.

Mai mult decât atât, în justificarea diferenţelor dintre preţul ofertat şi costurile reale, sunt luate în calcul sume ce provin din subvenţii aferente unor convenţii încheiate cu ANOFM fără respectarea principiului existenţei acelei subvenţii la data ofertării sau necorelarea sumelor rămase de încasat din aceste subvenţii cu perioada de desfăşurare a contractului.

Din conţinutul raportului procedurii, în secţiunea dedicată documentelor depuse de operatori, reiese faptul că acest operator nu a transmis o listă nominală cu agenţii de securitate ce vor presta efectiv serviciile. Pentru a putea fi luate în calcul, în justificare, sume din astfel de subvenţii, trebuiau îndeplinite cumulativ cel puţin următoarele condiţii: convenţiile să existe la data ofertării, personalul desemnat prestării

efective să se regăsească nominal în aceste convenţii şi sumele rămase de încasat, numai pentru cei desemnaţi, să fie îndestulatoare.

Prin adresa nr. 7879/27.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 33393/28.08.2019, SC ... SRL formulează cerere de intervenţie voluntară în cadrul procedurii de atribuire antemenţionate, prin care solicită admiterea cererii de intervenţie şi implicit, respingerea contestaţiei înaintată de către ... SRL.

Intervenienta invocă excepţia tardivităţii introducerii contestaţiei către Consiliu, cât şi către autoritatea contractantă, având în vedere prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În speţă, valoarea contractului este situată sub pragul valoric prevăzut de către art. 7 din Legea nr. 98/2016 si cum de altfel reiese si din cuprinsul documentaţiei de atribuire, (servicii aferente Anexei 2).

De asemenea, conform art. 5 din Legea nr. 101/2016: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare".

Or, în speţă, pierderea termenului s-a datorat lipsei de diligenţă a contestatoarei privind depunerea contestaţiilor în materia achiziţiilor publice, care îi este imputabil.

În aceste condiţii, prin formularea şi transmiterea contestaţiei la data de 20.08.2019, împotriva unor prevederi considerate nelegale cunoscute din data de 14.08.2019, nu a respectat termenul prevăzut de legiuitor.

Prin urmare, transmiterea contestaţiei în data de 20.08.2019, atât la CNSC, cât şi autorităţii contractante, reprezintă un demers tardiv al contestatoarei, care a stat în pasivitate, ca apoi să invoce diferite motive în acoperirea propriei culpe.

Pe fond, intervenienta solicită respingerea contestaţiei ca nefondată.

Intervenienta susţine că a participat la procedura licitaţiei depunând ofertă în conformitate cu documentaţia de atribuire. După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a admis oferta sa declarându-o câştigătoare, în conformitate cu criteriile impuse prin documentaţia de atribuire.

Privitor la criticile aduse de contestatoare, în opinia intervenientei acestea sunt nefondate întrucât:

1. Autoarea contestaţiei solicită anularea rezultatului, criticând oferta singurului ofertant contracandidat fără a cunoaşte elementele ofertei, emiţând astfel numai supoziţii în legătură cu diferite costuri legate de legislaţia muncii.

2. Solicită de asemenea anularea rezultatului procedurii, rezultat despre care a luat cunoştinţă încă din data de 14.08.2019 şi pe care nu l-a contestat în termenul legal.

3. Autoarea contestaţei chiar dacă îşi motivează cererea prin justificarea unui interes legitim, dreptul său de a putea justifica legal acest interes prin contestarea rezultatului s-a născut începând cu data de

14.08.2019, respectiv data publicării acestui rezultat în SICAP, şi a luat sfârşit la data de 19.08.2019 când s-a împlinit termenul legal de contestare, termen care la acest moment este tardiv.

În privinţa motivărilor din contestaţie, privind confidenţialitatea documentelor, legislaţia internă reglementează, cu titlu general, următoarele chestiuni de interes:

Liberul acces la informaţiile de interes public este garantat, fără a fi însă un drept / o libertate absolută.

Ca orice drept, liberul acces la informaţii de interes public comportă limitări

- Autoritatea contractantă are obligaţia de a nu dezvălui informaţiile transmise de operatorii economici indicate de aceştia ca fiind confidenţiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale şi elementele confidenţiale ale ofertelor;
- Autoritatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerinţe în vederea protejării caracterului confidenţial al informaţiilor pe care acestea le pune la dispoziţie pe durata întregii proceduri de atribuire;
- Autoritatea contractantă are obligaţia de a asigura protejarea integrităţii datelor, a confidenţialităţii ofertelor şi a solicitărilor de participare în cadrul tuturor operaţiunilor de comunicare, transmitere şi stocare a informaţiilor;
- Accesul persoanelor la dosarul achiziţiei publice se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii;
- După comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum şi la informaţiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice şi/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală;
- Părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală.
- Documentele pot fi declarate ca fiind confidenţiale prin marcarea sau indicarea acestora, de către ofertanţi, în mod explicit şi vizibil, ca fiind confidenţiale.
- Consultarea documentelor confidenţiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanţi.

Legea nr. 101/2016 reglementează accesul la dosarul constituit la Consiliu în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată, „cu excepţia documentelor confidenţiale declarate ca atare de ofertanţi, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală".

Prin urmare, susţinerile contestatoarei în privinţa obligaţiei autorităţii contractante de a-i pune la dispoziţiei înscrisuri confidenţiale (Convenţiile încheiate de intervenientă cu ANOFM şi anumite contracte, parteneriate încheiate cu terţi, care conţin date cu caracter personal, cât şi date financiare ale societăţii, secrete tehnice, comerciale, datele cu caracter persoanal etc...) nu pot avea temei legal, având în vedere caracterul confidenţial al acestora, nefiind informaţii cu caracter public.

De asemenea, intervenienta apreciază criticile contestatoarei cu privire la oferta sa financiară, neîntemeiate.

Intervenienta precizează că în cuprinsul notei de fundamentare tarif sunt incluse toate obligaţiile legale în materie de legislaţia muncii şi a depus, în acest sens, înscrisuri care probează aceste aspecte.

Toate elementele din nota de fundamentare au fost calculate la tarif/oră/agent conform cerinţelor din documentaţia de atribuire.

În privinţa subvenţionării tarifului ofertat, intervenienta susţine că se încadrează în prevederile art. 210 alin. (2) lit. f), din Legea nr. 98/2016 actualizată în 2018 privind ajutorul de la stat, a exprimat tariful în lei/ora/agent conform cerinţelor din documentaţia de atribuire, iar folosirea acestor sume din subvenţii s-a făcut în conformitate cu propria sa stategie financiară, în virtutea prevederilor legale (respectiv Legea nr. 31/1990 actualizată privind dreptul societăților comerciale de a-şi stabili propria strategie financiară).

Deşi contestatoarea susţine folosirea strictă a anumitor salariaţi numai în cadrul acestui contract, nu este în măsură să-şi motiveze şi în drept această susţinere, prin enunţarea unui act normativ în acest sens, ci se limitează numai la critici nefondate.

În final, intervenienta învederează că autoarea acestei contestaţii nu face altceva decât să emită supoziţii fără temei.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 5872/30.08.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 34735/05.09.2019, cu privire la contestaţia formulată de către ... SRL la care a anexat o parte din documentele necesare soluţionării cauzei, ce au fost completate ulterior cu un nou set de documente, prin adresa nr. 5721/09.09.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. .../09.09.2019.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca tardivă pentru depunerea acesteia în afara termenului limită, ce face ca aceasta să se încadreze în prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca nefondată, pentru următoarele considerente:

Solicitarea ofertantului nu se bazează pe documentele din dosar, ci pe "experienţa consultării documentaţiilor şi ofertelor operatorului ... SRL, cu ocazia altor proceduri de achiziţie publică anterioare".

De asemenea, într-un mod calculat, ofertantul a solicitat accesul la dosar, deşi era foarte clar că documentele celuilalt ofertant, participant la procedură, avea elemente de confidenţialitate, care nu puteau fi puse la dispoziţie fără solicitarea acceptului în mod scris şi transparent.

...) a solicitat ... SRL prin adresa nr. 5473 din data de 19.08.2019, acceptul de a pune la dispoziţia ... SRL oferta cu toate documentele aferente, răspunsul operatorului fiind negativ.

În final, autoritatea contractantă învederează faptul că a analizat din toate punctele de vedere şi sub toate aspectele ambele oferte, deliberând în acest fel şi hotărând pe cale de consecinţă, că oferta câştigătoare, cu cel mai mic preţ este cea depusă de ... SRL.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Servicii pază, protecţie, monitorizare, alarmare şi intervenţie rapidă”. În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 355.000 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, au fost depuse în SEAP 4 oferte, după cum rezultă din raportul procedurii nr. 5434/14.08.2019, iar în urma evaluării acestora, au fost declarate admisibile două oferte, respectiv cea a ... SRL, declarată câștigătoare, și cea a SC ... SRL, contestatoarea din prezenta cauză, clasată pe locul al doilea. În urma acestui rezultat, a formulat contestație SC ...SRL, considerând că prețul ofertei câștigătoare este unul neobișnuit de scăzut.

Ca urmare a depunerii contestației, a formulat cerere de intervenție ... SRL, calificată de Consiliu drept intervenție în favoarea autorității contractante, pe care Consiliul o va admite în principiu în temeiul art. 63 din Codul de procedură civilă, având în vedere că ofertanta respectivă, în calitate de câștigătoare a procedurii, are interes în menținerea actelor autorității contractante.

În cererea sa, intervenienta invocă tardivitatea depunerii contestației, arătând că aceasta trebuia transmisă atât autorității contractante, cât și Consiliului, până în data de 19 august 2019, inclusiv, or contestația a fost depusă la Consiliu în data de 20 august.

Consiliul observă că societatea contestatoare a transmis contestația sa, prin e-mail, la data de 19.08.2019, fiind înregistrată în data de 20.08.2019. De asemenea, din dovada comunicării atașată contestației, rezultă că și autoritatea contractantă a primit-o în aceeași zi. Față de data transmiterii acesteia, Consiliul constată că societatea contestatoare respectă termenul de 5 zile, prevăzut la art. 16 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care va respinge excepția invocată.

În ceea ce privește fondul contestației, atât autoritatea contractantă cât și intervenienta susțin că societatea contestatoare nu și-a motivat în fapt contestația.

Consiliul reține că motivarea din conținutul contestației, deși nu se referă la calculele concrete realizate de ofertanta câștigătoare, cuprinde motive de fapt, respectiv se referă la prețul de 10,70 lei/ora de pază ofertat de ofertanta câștigătoare, sub salariul minim legal. Chiar dacă societatea contestatoare nu face trimitere la calculul depus de societatea câștigătoare, în condițiile în care nu avea cum să procedeze în acest mod, din moment ce nu a avut acces la oferta câștigătoare, motivul invocat este suficient pentru a se stabili care este obiectul contestației și ce anume o nemulțumește pe ofertanta câștigătoare.

Din documentele întocmite de autoritatea contractantă, Consiliul reține că nu s-au solicitat ofertantei câștigătoare justificări referitoare la prețul aparent neobișnuit de scăzut.

Verificând propunerea financiară a ofertantei câștigătoare, Consiliul reține că aceasta a luat în calcul salariul minim de 2080 lei conform HG nr. 937/2018, spor de noapte, de weekend, de sărbători legale, concedii de odihnă, spor ore suplimentare, contribuția asigurătorie pentru muncă, fond de handicap, toate în cuantumul legal, cheltuieli indirecte și profit, ajungând la un preț de 17,42 lei/oră. La final, societatea câștigătoare scade suma de 6,72 lei/oră agent, declarând că primește subvenții pentru 8 agenți, dar fără a proba, în vreun fel, că, într-adevăr, beneficiază de subvențiile respective, la dosarul depus la Consiliu de către autoritatea contractantă neexistând vreun act în acest sens.

Totodată, în cererea de intervenție societatea contestatoare face referire la o strategie financiară proprie, aspect ce nu poate fi luat în considerare de către Consiliu, operatorii economici având obligația dovedirii suficienței prețului, la solicitarea autorității contractante.

Astfel, potrivit art. 210 din Legea nr. 98/2016, ,,(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobişnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la preţul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

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

a) fundamentarea economică a modului de formare a preţului, prin raportare la procesul de producţie, serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate;

b) soluţiile tehnice adoptate şi/sau orice condiţii deosebit 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 obligaţiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 218;

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

(3) Autoritatea contractantă evaluează informaţiile şi documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preţ aparent neobişnuit de scăzut şi respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse, ţinând seama de elementele menţionate la alin. (2). (...)

(5) Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preţ neobişnuit 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''.

Prin urmare, chiar în situația în care operatorul beneficiază de ajutor de stat, autoritatea contractantă are obligația să verifice cuantumul acestui ajutor și influența sa asupra prețului total ofertat, după cum și operatorii au obligația dovedirii legalității obținerii ajutorului și folosirii lui, nefiind posibilă declararea aceluiași ajutor în cadrul mai multor contracte, o astfel de practică nefiind o ,,strategie'', ci o practică anticoncurențială.

Astfel, Consiliul stabilește că evaluarea realizată de autoritatea contractantă nu respectă dispozițiile art. 210 citat mai sus, aceasta acceptând cele declarate de ofertanta câștigătoare în condițiile în care aceasta nu a atașat nimic propunerii sale financiare care să dovedească posibilitatea scăderii prețului orar cu 6,72 lei.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune reevaluarea ofertei câștigătoare prin solicitarea de clarificări referitoare la subvenția inclusă în preț, într-un termen de maximum 15 zile de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune reevaluarea ofertei câștigătoare prin solicitarea de clarificări referitoare la subvenția inclusă în preț, într-un termen de maximum 15 zile de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu SC ... SRL.

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

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 9 (nouă) pagini.