CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - director general, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de servicii de pază, monitorizare și intervenție la obiectivele deținute de către SC ..... SA, cod CPV 79713000-5, cu data-limită de depunere a ofertelor 27.02....., organizată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - director general, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia entității contractante SC ..... SA de respingere ca neconformă și inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa nr. 21111/12.04....., entitatea contractantă i-a solicitat să clarifice cum înțelege să încheie un contract de achiziție

publică cu „profit 0”, având în vedere art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 1.172 C. civ., care reglementează contractul oneros, precum și unde în cadrul propunerii financiare se regăsesc cheltuielile administrative: salarii personal auxiliar, utilități, costuri medicale (analize medicale periodice, concedii medicale) etc. În răspunsul încărcat în SEAP la 15.04....., societatea a explicat că un contract cu titlu oneros nu presupune în mod obligatoriu o cotă de profit în cadrul prețul contractului, pentru o societate comercială avantajele putând reprezenta și altceva în afară de profit (creșterea cifrei de afaceri, creșterea numărului de angajați, obținerea unei cote mai bune pe piață, o mai bună notorietate). Totodată, prin calculul matematic din răspuns s-a demonstrat că în cadrul contractului există un profit, obținut ca diferență între venituri și cheltuieli, existând resursele financiare pentru a putea fi acoperite și alte cheltuieli legate de contract.

În comunicarea prin care a fost informată despre respingerea ofertei, entitatea afirmă că nu se poate încheia un contract de achiziție publică cu un ofertant a cărui propunere financiară are profit 0, iar includerea profitului în cheltuielile de bază este de natură a afecta concurența. Prin calculul prezentat în răspuns se induce existența unui profit mascat, printr-un artificiu, având ca efect încălcarea principiilor unei economii reale și utilizarea de artificii neloiale, de natură a afecta concurența.

Contractele cu titlu oneros se subdivid în contracte comutative și în contracte aleatorii. Potrivit art. 1.173 alin. (1) C. civ., „este comutativ contractul în care, la momentul încheierii sale, existența drepturilor și obligațiilor părților este certă, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă”. Referitor la cazul de față, se poate stabili că este un contract cu titlu oneros, întrucât fiecare parte urmărește să își procure un avantaj, și comutativ, întrucât existența drepturilor și obligațiilor părților este certă, iar întinderea lor este determinată sau determinabilă. Prin încheierea contractului, operatorul economic urmărește să primească prețul, iar entitatea contractantă urmărește să primească serviciul cumpărat. Este evident caracterul oneros al contractului, ambele părți având un interes pe care îl materializează și care este cauza determinantă a realizării contractului.

Contractul comutativ este acel contract cu titlu oneros în care părțile cunosc existența obligațiilor și pot aprecia întinderea prestațiilor încă de la momentul încheierii contractului, asupra acestora neexistând nicio incertitudine, avantajele fiind de o parte sau alta, existența unui preț, respectiv prestarea unui serviciu, fără a se face referire la existența unui profit. În același sens, prestațiile puse în sarcina părților sunt definitiv stabilite la încheierea

contractului și se află într-un raport de echivalență, astfel încât părțile cunosc, încă de la momentul nașterii în mod valabil a convenției, avantajele pe care le vor obține și, de asemenea, pierderile pe care le vor suferi, care nu sunt afectate de existența vreunui eveniment viitor și nesigur.

În cadrul fișei de date, la cap. IV.4.2) - *Modul de prezentare a propunerii financiare*, se precizează că „riscul transmiterii ofertei, riscul de preț în cadrul contractului pe toată durata îndeplinirii acestuia, inclusiv forța majoră, cad în sarcina ofertanților”. Rezultă că aspectele legate de caracterul oneros al contractului și de profitul realizat de operatorii economici intră sub incidența regulilor ce guvernează executarea obligațiilor contractuale, acestea fiind riscuri asumate de către operatori.

Profitul mascat la care se referă entitatea contractantă este un profit legitim și normal obținut din activitatea desfășurată, suficient pentru a se continua activitatea, în condițiile în care societatea a trecut, în anul 2017, printr-o procedură de reorganizare.

Argumentul încălcării principiilor economiei reale/loiale nu are nicio susținere, având în vedere că s-au introdus, în cadrul cheltuielilor directe, toate contribuțiile, în conformitate cu prevederile legale în vigoare. Cotarea cu 0, în devizul ofertă, a unor cheltuieli indirecte și a profitului nu poate fi motiv de respingere a ofertei. Făcând o paralelă cu alte tipuri de contracte, respectiv cele de lucrări, poate fi adus în discuție Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, indicativ P 91/1-02, aprobat prin Ordinul nr. 1586/2002, unde se prevede:

3.3.3. Cheltuielile indirecte la nivelul unui deviz pe categorii de lucrări se determina prin aplicarea unei cote aferente acestora la valoarea TOTAL - CHELTUIELI DIRECTE. Aceasta cotă se stabilește de către fiecare unitate de execuție pe baza propriilor analize.

3.3.4. Profitul, respectiv cota aferentă acestuia, este specific și se stabilește de fiecare unitate de execuție, pe baza analizelor privind eficiența și rentabilitatea unității în condițiile de piață liberă și/sau de conjunctura economico-financiară a perioadei, și nu în ultimul rând, de marja de risc pe care și-o asumă.

Prin urmare, dacă în cadrul contractelor de lucrări cheltuielile indirecte și profitul sunt proprii fiecărui ofertant, acesta decide dacă la o procedură include o cotă mai mare sau mai mică a lor sau nu le solicită, situație ce poate fi acceptată și pentru contractele de servicii, care sunt de complexitate mai redusă.

Prin decizia nr. 699 din 13 august 2009, Curtea de Apel Bacău a admis că poate fi justificată posibilitatea trecerii de către un ofertant a unui profit de 0%, în condițiile introducerii în cadrul cheltuielilor directe a tuturor contribuțiilor, în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

În punctul său de vedere nr. 4389/12.06..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 23595/12.06.....,

entitatea contractantă susține, în apărare, că SC ..... SRL a ofertat „profit 0 - zero lei”, context în care comisia de evaluare i-a solicitat clarificări, iar societatea a răspuns:

Așa cum menționați, în conformitate cu prevederile Codului civil, art. 1172, alin. (1), contractul cu titlu oneros reprezintă „Contractul prin care fiecare parte urmărește să își procure un avantaj în schimbul obligațiilor asumate ...”

Pentru majoritatea societăților comerciale, avantajele pot reprezenta, de la caz la caz, și altceva în afară de profit, respectiv:

- creșterea cifrei de afaceri;
- creșterea numărului de angajați;
- obținerea unei cote mai bune pe piața, dar și o mai bună notorietate.

Articolul la care faceți referire nu specifică în mod clar că în cadrul contractului trebuie introdus distinct un anumit profit, în legislația națională neexistând o prevedere obligatorie pentru societățile comerciale de a introduce în cadrul contractelor, o cotă de profit. Totuși, fără a aborda o analiză „stricto sensu”, putem confirma justețea interpretării dumneavoastră, demonstrându-vă că valoarea propusă de către societatea noastră cuprinde profit, fiind asiguratorie și pentru alte cheltuieli, printr-un simplu calcul matematic:

- Total ore pentru asigurarea pazei: 102.885 ore/ an;
- Total agenți necesari: 102.885 ore/12 luni = 8574 ore/ 166,666 ore/lună = 51 agenți/luna;
- Valoare propunere financiară, fără cheltuieli indirecte: 13,62 lei/oră x 102.885 ore = 1.401.294 lei;
- 1.401.294 lei/51 agenți = 27.476 lei/agent/an;
- Cheltuială salariată: 2.270,29 lei/agent x 12 luni =27.243 lei/agent/ an;
- Profit/agent: 27.476 lei - 27.243 lei = 233 lei/an/agent/an x 51 agenți = 11.883 lei/an.

În consecință, prin prețul propus în cadrul propunerii financiare există profit, precum și resursele financiare pentru a putea fi acoperite și alte cheltuieli legate de contract (cheltuielile administrative: salarii personal auxiliar, utilități, analize medicale periodice etc.).

2. Confirmăm că în cadrul propunerii financiare cheltuielile indirecte sunt cotate cu 0,03 și reprezintă doar cheltuieli cu carburantul.

Comisia de evaluare a considerat răspunsul neconcludent și a procedat la respingerea ofertei, pentru următoarele motive:

- menționarea unui „profit de 0 lei – zero” în cadrul ofertei apare ca fiind o încălcare a dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 99/2016, potrivit cărora contractul sectorial are caracter oneros. Or, în situația în care ofertantul nu realizează profit în urma încheierii contractului și, ca o consecință a serviciilor prestate, devin incidente dispozițiile art. 6 lit. e) din Legea nr. 21/1996 privind concurența, conform cărora este interzisă practicarea unor prețuri de ruinare pentru înlăturarea concurenței;

- operator economic este orice persoană fizică sau juridică, de drept public sau de drept privat sau grup ori asociere de astfel de persoane, care este autorizată conform prevederilor art. 207 C. civ., care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două sau mai multe dintre aceste entități;

- pentru ca activitatea unei societăți comerciale să fie licită, aceasta trebuie să aibă ca scop obținerea de profit, având în vedere faptul că o societate comercială este o grupare de persoane constituită pe baza unui contract de societate și beneficiind de personalitate juridică, în care asociații înțeleg să pună în comun anumite bunuri pentru exercitarea unor fapte de comerț în scopul realizării și împărțirii de beneficii.

În condițiile în care s-ar fi admis oferta s-ar fi încălcat principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, coroborat cu întregul ansamblu de funcționare în condiții legale a pieței.

Nu lipsit de importanță este și faptul că societatea și-a modificat optica întocmirii ofertei, prin răspunsul la clarificări, căutând să inducă atât comisiei de evaluare, cât și Consiliului, existența unui profit în cadrul ofertei. Intenția pe care a avut-o, ofertând un „profit de 0 lei (zero lei)", aduce atingere principiilor generale de funcționare a economie/pieței tocmai prin neloialitate, iar în cadrul procesului de evaluare creează o imposibilitate prin neuniformizarea ofertelor (dacă ceilalți concurenți au prevăzut profit, pot pierde competiția, profitul 0 lei influențând major rezultatul competiției). Contrar susținerii contestatoarei, contractul oneros impune includerea în cadrul ofertei a unui profit.

Afirmația „... am demonstrat că în cadrul contractului există profit obținut ca diferență între venituri și cheltuieli ..." confirmă caracterul neloial al ofertei. Mai mult, se constată o neconcordanță în cadrul răspunsului, după ce se insistă asupra definirii contractului oneros ca nefiind generator de profit, contestatoarea căutând să inducă tocmai existența acestuia. De asemenea, afirmația „... profitul mascat la care se referă entitatea contractantă este un profit legitim și normal obținut ..." este lipsită de logică, în contextul în care s-a dovedit artificiul utilizat/prețul mascat.

Este de domeniul evidenței că profitul se aplică ulterior stabilirii cheltuielilor directe și aplicării cheltuielilor indirecte la acestea. Indiferent de categorie, directe sau indirecte, ambele reprezintă cheltuieli ale firmei, profitul fiind tocmai beneficiul obținut de pe urma cheltuielilor.

Contestatoarea a prezentat doar un salariu minim pe economie (în condiții de muncă de zi), fără a calcula sporurile impuse de lege pentru regim de funcționare permanent, conform cerințelor caietului de sarcini. Prin neaplicarea sporurilor impuse de îndeplinirea contractului rezultă o diferență prin care contestatoarea induce aparenta existență a unui profit.

Decizia pronunțată de către Curtea de Apel Bacău nu constituie izvor de drept și nici nu poate fi încadrată la bune practici.

SC ..... SRL a formulat concluziile scrise nr. 779/13.06....., înregistrate la Consiliu cu nr. 23777/ 13.06....., în care menționează că oferta sa este singura care a cuprins în cadrul propunerii financiare toate contribuțiile obligatorii către bugetul de stat.

Entitatea contractantă a acuzat faptul că s-a introdus în cadrul propunerii financiare un profit mascat, însă acesta este un profit ..... ca urmare a diferenței dintre venituri și cheltuieli, profit pe care și ceilalți operatori economicii îl înregistrează în mod similar.

Fără a da atenție propunerii financiare, entitatea contractantă induce ideea că în răspunsul de clarificări nr. 2 a fost introdusă o calculație bazată pe salariul minim pe economie. Din răspunsul la solicitările de clarificări comparat cu propunerea financiară rezultă că la calculul cheltuielilor s-a introdus salariul de 2.270,29 lei, deci salariul cu toate contribuțiile obligatorii la bugetul de stat inclusiv sporurile aferente. Motivele respingerii ofertei, pentru considerentele enunțate de entitatea contractantă, sunt create artificial, fără susținere legală.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., entitatea contractantă SC ..... SA a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de servicii de pază, monitorizare și intervenție la obiectivele deținute de societate, servicii estimate valoric la 1.440.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat patru operatori economici, ale căror oferte au fost respinse de entitate, iar procedura de atribuire a fost anulată. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată cu succes de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de

prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa entității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de entitate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de SC ..... SA prin raportul procedurii de atribuire nr. 27853/15.05....., ... comunicat competitorilor la 17.05..... La 22.05....., SC ..... SRL s-a plâns entității de nelegalitatea acestuia, prin notificarea prealabilă nr. 708/22.05....., la care nu a primit niciun răspuns (niciuna dintre părți nu a pretins că ar exista un

răspuns la notificare). Potrivit art. 8 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016:

(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

[...]

b) 5 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.

(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:

a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante, în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere, dacă autoritatea contractantă a respectat termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), în caz contrar fiind aplicabile dispozițiile prevăzute la lit. b);

b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns;

c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere.

Neprimind un răspuns la notificarea prealabilă, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare, de cinci zile, calculat potrivit art. 8 alin. (2) lit. b) de mai sus.

În comunicarea nr. 3602/17.05....., compania achizitoare a menționat următoarele motive de respingere a ofertei, ca inacceptabilă și neconformă:

Având in vedere vedere prevederile art. 3 alin. 1 litera k) din Legea 99/2016 coroborat cu art. 1172 Cod Civil, care reglementează contractual oneros, entitatea contractanta nu poate incheia un contract de achiziție publica cu un ofertant a cărui propunere financiara are profit "0".

Un alt aspect este justificarea ofertantului printr-o calculatie sumara cu privire la "profit" si "resurse financiare pentru a putea fi acoperite si alte cheltuieli administrative legate de contract ...", precum si faptul ca ofertantul recunoaște prin răspunsul dat ca valoarea cheltuielilor indirecte este cotata cu 0,03 si reprezintă doar cheltuielile cu carburantul, comisia de evaluare apreciaza oferta financiara ca fiind inacceptabila. Totodata, comisia de evaluare distinge o contradicție in răspunsuri, contradicție care confirma caracterul inacceptabil si chiar neconform al ofertei (ex. ofertantul definește caracterul oneros ca fiind un avantaj nepecuniar, iar in celalalte răspunsuri cauta sa inducă existenta unui profit, desi in oferta este trecut "profit 0"). Acest fapt, anume includerea profitului in cheltuielile de baza este de natura a afecta concurenta știuta fiind modalitatea realista de formare a prețului cat si ordinea aplicarii cheltuielilor indirecte si a profitului. In fapt calculul prezentat in răspuns cauta sa inducă existenta unui profit mascat, printr-un artificiu, prezentat pe salariu de baza fara aplicarea vreunui spor.

Toate cele prezentate mai sus au ca efect incalcarea principiilor unei economii reale/loiale, precum si a intregului cadru legal aferent, cadru ce impune o abordare si interpretare de ansamblu, ci nu utilizarea de artificii neloiale de natura a afecta concurenta.

Urmare finalizarii activitatii de evaluare a ofertelor depuse in cadrul procedurii de atribuire mai sus mentionate, suntem in masura sa va informam ca aceasta a fost anulată in temeiul art. 224 lit. b) si art. 225 alin. 1 lit. a) din Legea 99/2016 cu modificările si completările ulterioare.

Motivul concret pe baza căruia s-a fundamentat această decizie: in cadrul procedurii au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme.

Divergența dintre părțile aflate în litigiu cuprinde mai multe paliere: pe de o parte, nu există o percepție unitară a caracterului oneros pe care îl presupune contractul sectorial, iar pe de altă parte, posibilitatea acoperirii unui eventual profit dintr-un capitol al ofertei dedicat cheltuielilor, abordări privite prin prisma solicitării de clarificare nr. 21111/12.04..... și a răspunsului la aceasta din partea SC ..... SRL:

a) solicitarea nr. 21111/12.04.....:

1. Având in vedere prevederile art. 3 alin. 1 litera k) din Legea 99/2016 coroborat cu art. 1172 Cod Civil, care reglementează contractul oneros va solicitam sa clarificați cum intelegeti sa incheiati un contract de achiziție publica cu profit 0.

2. Va solicitam sa confirmați faptul ca in cadrul propunerii financiare cheltuielile indirecte sunt cotate cu 0,03 si reprezintă doar cheltuieli cu carburantul.

3. Având in vedere solicitarea nr. 2 precizați unde in cadrul propunerii financiare se regăsesc cheltuielile administrative: salarii personal auxiliar, utilitati, costuri medicale (analiza mediacale periodice, concedii medicale) etc.

b) răspunsul SC ..... SRL:

1. Având in vedere faptul ca solicitările 1 si 3 au legătura intre ele, va informam următoarele:

Așa cum menționați, in conformitate cu prevederile Codului Civil, art. 1172, alin. 1, contractul cu titlu oneros reprezintă „Contractul prin care fiecare parte urmărește să își procure un avantaj în schimbul obligațiilor asumate ...”

Pentru majoritatea societăților comerciale, avantajele pot reprezenta, de la caz la caz, si altceva in afara de profit, respectiv:

- creșterea cifrei de afaceri,
- creșterea numărului de angajați,
- obținerea unei cote mai bune pe piața, dar si o mai buna notorietate.

Articolul la care faceți referire nu specifica in mod clar ca in cadrul contractului trebuie introdus distinct un anumit profit, in legislația națională neexistând o prevedere obligatorie pentru societățile comerciale de a introduce in cadrul contractelor, o cota de profit.

Totuși, fără a aborda o analiză „stricto sensu”, putem confirma justețea interpretării dumneavoastră, demonstrându-vă ca valoarea propusa de către societatea noastră cuprinde profit, fiind asiguratorie si pentru alte cheltuieli, printr-un simplu calcul matematic:

- Total ore pentru asigurarea pazei: 102885 ore/an
- Total agenți necesari: 102885 ore/ 12 luni = 8574 ore/166,666 ore/luna = 51 agenți/luna
- Valoare propunere financiara, fără cheltuieli indirecte: 13,62 lei/ora x 102885 ore = 1.401.294 lei
- 1.401.294 lei / 51 agenți = 27.476 lei/agent/an
- Cheltuiala salariala: 2270,29 lei/agent x 12 luni = 27.243 lei/agent/an
- Profit/agent: 27.476 lei - 27.243 lei = 233 lei/an/agent/an x 51 agenți = 11883 lei/an

In consecința, prin prețul propus in cadrul propunerii financiare există profit, precum și resursele financiare pentru a putea fi acoperite si alte cheltuieli legate de contract (cheltuielile administrative: salarii personal auxiliar, utilități, analize medicale etc.)

2. Confirmam ca in cadrul propunerii financiare cheltuielile indirecte sunt cotate cu 0,03 si reprezintă doar cheltuieli cu carburantul.

În cercetarea substanței litigiului aflat pe rol, Consiliul constată că SC ..... SRL a ofertat prețul de 1.404.380,25 lei (plus TVA), având următoarea structură:

Anexa la oferta financiara - structura tarif orar/agent de securitate post permanent 24/24 ore:

Calcul tarifar orar/serviciu de paza	Ofertant
Program complet de lucru conform HG nr. 846/2017	166,66 ore/lună
Salariul brut lunar	1900,00
Salariul de baza minim brut/ora	11,40 lei/oră
Salariul tarifar sâmbătă/duminica	10,00
Concediu odihna	152,00
Spor de noapte	158,33
Total salariu orar brut	2220,33
Contribuții angajator 2.25%	49,96
Salariul de baza minim brut x numărul de locuri de munca in care nu sunt angajate persoane cu handicap (4% din numărul total de angajați)*	0,00
Total cheltuieli salariale	2270,29
Tarif orar total cheltuieli salariale 166,666 lei/ora	13,62
Cheltuieli indirecte (consum carburant)	0,03
Cheltuieli indirecte (pregătire profesionala obligatorie la locul de munca, dotări)	0
Profit brut	**0**
Preț/ora serviciu de paza	13,65
Total ore	102885
Valoare totala	1.404.380,25

Atât în fișa de date a achiziției, cât și în caietul de sarcini, organizatoarea a stabilit expres că: „*Propunerea financiara are caracter ferm si obligatoriu din puntul de vedere al continutului pe toata perioada de valabilitate a ofertei/durata contractului.* ***Intra in obligatia ofertantilor sa demonstreze la cererea comisiei de evaluare ca in structura de tarif pe elemente de cheltuieli au inclus toate elementele pentru*** *calculul cheltuielilor directe, calculul cheltuielilor indirecte,* ***calculul profitului****, calculul contributiilor sociale aferente salariilor (C.A.S., C.A.S.S., sporuri - noapte, zile de Sambata, Duminica si sarbatori legale etc.), precum si alte cheltuieli*.”

Din exprimarea reprodusă reiese că ofertanții, inclusiv SC ..... SRL, aveau obligația să includă în tariful ofertat și un profit, evident diferit de zero (care ar echivala cu inexistența profitului), pe care să îl demonstreze la cerea companiei achizitoare. În speță, reclamanta a declarat și ofertat un profit brut de 0 lei, ceea ce nu doar că este atipic pentru un contract de achiziție publică/sectorială, ci și contrar instrucțiunii redate mai sus. În tabelul structurii de preț nu apare nicio mențiune vizavi de:

„- creșterea cifrei de afaceri,

- creșterea numărului de angajați,

- obținerea unei cote mai bune pe piață, dar si o mai bună notorietate.”

Contractul sectorial este un contract cu titlu oneros, deci nu cu titlu gratuit, potrivit definițiilor legale - art. 1172 C. civ.: *„(1) Contractul prin care fiecare parte urmărește să își procure un avantaj în schimbul obligațiilor asumate este cu titlu oneros. (2) Contractul prin care una dintre părți urmărește să procure celeilalte părți un beneficiu, fără a obține în schimb vreun avantaj, este cu titlu gratuit."*

Orice serviciu prestat pentru beneficiar trebuie decontat de acesta, contractul oneros de achiziție publică/sectorială nefiind contract de donație. Un contract în care furnizorul, prestatorul sau executantul oferă produsul, serviciul sau lucrarea în mod gratuit nu este de achiziție publică, ci are altă natură (donație, comodat, sponsorizare, mecenat, voluntariat etc.).

Este evident că ofertarea unui tarif sub nivelul costurilor are ca efect și distorsionarea concurenței la procedura de achiziție, întrucât se ajunge ca prețurile să nu mai reflecte rezultatul competiției între ofertanți, ci diverse conjuncturi în care se află unii dintre ei, care le-ar permite să oferteze orice tarif. Sub pretextul acoperirii cheltuielilor din alte surse, nici salariul personalului de pază nu ar avea legătură cu contractul de achiziție publică/sectorială în cauză, motiv pentru care prețul contractului ar putea fi oricât (practic justificarea lui nu mai contează, costurile fiind acoperite nu din prețul contractului pe care îl plătește achizitoarea, ci din alte surse, aparținând prestatorului). Scopul oricărei achiziții publice nu este unidirecțional – obținerea de către autoritatea contractantă a unui produs/serviciu/lucrare la cel mai avantajos preț – ci vizează și promovarea concurenței loiale între operatorii economici.

La fel de evident este și faptul că soluția SC ..... SRL afectează în final și principiul tratamentului egal între ofertanți, statuat la art. 2 din legea privind achizițiile sectoriale, întrucât prețurile celorlalți s-au raportat la acoperirea costurilor contractului prin includerea unui profit (oricât de mic). Dacă SC ..... SA ar fi admis ca structura de tarif să nu includă niciun profit de ordin financiar, nu ar mai fi cerut expres ca acesta să se regăsească în propunerea financiară a ofertanților (prețul/tariful ofertat).

De altminteri, voința legiuitorului în acest domeniu pare a impune ofertarea în scopul obținerii de profit, iar nu pentru subzistență ori bună reputație:

I. Din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale

Art. 3 alin. (1):

j) contract pe termen lung - contractul sectorial încheiat pe o durată de cel puțin 5 ani care cuprinde durata de execuție a lucrărilor ori a construcției, dacă acesta are o componentă care constă în execuție de lucrări ori a unei construcții, precum și durata de prestare a serviciilor, stabilite **astfel încât contractantul să obțină un profit rezonabil**;

k) contract sectorial - contractul **cu titlu oneros**, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau

mai multe entități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii în scopul realizării activității lor principale în unul dintre domeniile definite de prezenta lege ca fiind relevante;

Art. 117 alin. (1): Entitatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare pentru atribuirea contractelor sectoriale, doar într-unul din următoarele cazuri: [...] b) dacă contractul este atribuit **exclusiv în scop de cercetare științifică, experimental, de studiu sau de dezvoltare**, și **nu în scopul asigurării unui profit** sau al recuperării costurilor cu cercetarea și dezvoltarea și în măsura în care atribuirea unui astfel de contract nu aduce atingere atribuirii competitive a contractelor ulterioare care urmăresc, în special, aceste obiective;

Art. 125:

(1) Entitatea contractantă are dreptul de a stabili ca participarea la procedurile de atribuire a contractelor sectoriale având ca obiect exclusiv serviciile de sănătate, sociale și culturale prevăzute la art. 124 care fac obiectul codurilor CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, cuprinse între 85000000-9 la 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8 să fie rezervată unor operatori economici, cum ar fi persoane juridice fără scop lucrativ, întreprinderi sociale și unități protejate, acreditate ca furnizori de servicii sociale, furnizori publici de servicii sociale.

(2) Operatorii economici cărora le poate fi rezervată participarea la procedurile de atribuire prevăzute la alin. (1) trebuie să îndeplinească în mod cumulativ următoarele condiții: [...] b) **profitul obținut** de operatorul economic este reinvestit în vederea îndeplinirii scopului pentru care acesta a fost înființat; în cazul în care profitul este distribuit sau redistribuit, acest lucru se bazează pe considerente legate de participarea angajaților la beneficiile activității operatorului economic;

Din Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 3/2017 privind modificările contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru și încadrarea acestor modificări ca fiind substanțiale sau nesubstanțiale:

Fiecare modificare de preț va fi calculată pe baza unor prețuri similare din contract, cu adaptările de rigoare. Dacă nu există prețuri similare pentru calcularea modificării, acesta se va calcula potrivit costului rezonabil de execuție a lucrării, luând în considerare orice aspect relevant care reflectă consumurile de materiale, manoperă, utilaj și/sau transport necesare, după caz, la care **se adaugă un profit rezonabil**. Caracterul rezonabil va fi evaluat în raport cu bunele practici general acceptate în sectorul respectiv de activitate, astfel încât să reflecte faptul că achiziția lucrărilor suplimentare, ce fac obiectul modificării, s-a făcut în condiții de eficiență economică și socială, obținându-se nivelul de calitate necesar, la un preț ce nu depășește pe cel mediu existent pe piața de profil în cauză.

Și în Hotărârea Guvernului nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice se face trimitere la o cotă procentuală de profit.

Vizavi de jurisprudența judiciară internă, ea nu este cristalizată, putând fi identificate atât hotărâri prin care instanțele acceptă ofertarea unui profit nul, cât și hotărâri în sens contrar. De pildă:

a) în decizia nr. 2356 din 11 mai 2009, Curtea de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, a statuat:

Absența din prețul ofertei a unui procent care să reprezinte profitul societății este de natură să conducă la concluzia că ofertantul nu realizează niciun profit, lucrând chiar în pierdere. În această situație devin aplicabile dispozițiile cuprinse în art. 6 lit. e) din Legea concurenței nr. 21/1996, care interzic practicarea unor prețuri de ruinare pentru înlăturarea concurenților.

Față de cele expuse, Curtea apreciază că, în cauză, Consiliul a făcut o apreciere temeinică și legală, în sensul că petenta nu a justificat prețul oferit.

b) în decizia nr. 699 din 13 august 2009, Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, a reținut:

În ceea ce privește profitul, se constată că încheierea și executarea unui astfel de contract constituie pentru societate un element care poate determina șanse mai mari de a participa, în viitor, la o procedură de achiziție publică asemănătoare. Se are în vedere faptul că o listă cu principalele prestări de servicii similare efectuate într-o perioadă de timp anterioară este solicitată (în documentațiile de atribuire) ca cerință minimă în ceea ce privește capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum s-a cerut și la cap. IV.4.1 din fișa de date a achiziției în prezenta cauză. În plus, se constată că trecerea de către ofertantul câștigător a unui profit de 0% poate fi justificată, în perioada de criză economică, de necesitatea asigurării menținerii activității societății.

Consiliul este de părere că acceptarea ideii că operatorii economici pot participa la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale cu oferte în care profitul recunoscut este zero dăunează concurenței loiale pe piață, întrucât forțează toți operatorii să renunțe la cota de profit, pentru a beneficia de o șansă de a câștiga contractul licitat. În perspectivă, din cauza chiar și a unui singur ofertant cu marjă de profit 0, întreaga piață a achizițiilor publice/sectoriale, și nu ne limităm doar la domeniul contractelor de pază, ar ajunge să fie dezechilibrată și dominată de ofertanții cu profit 0, respectiv nu va mai „îndrăzni” niciun operator să participe la competiții cu o marjă de profit, fie el minimal.

Legislația achizițiilor publice/sectoriale urmărește o concepție mai largă a tranzacției între autoritățile/entitățile contractante și ofertanți, care implică dreptul individual de a obține profit fără a permite ca, prin eventuala renunțare la acest drept, să fie negat sau alterat dreptul celorlalți operatori în domeniu de încasare a unui asemenea profit. Potrivit unei asemenea interpretări, renunțarea la dreptul de a percepe un profit se poate repercuta în comportamentul celorlalți ofertanți, respectiv în prețurile pe care aceștia le vor propune în viitor.

Constituie concurenţă neloială, în sensul Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenţei neloiale, practicile comerciale ale întreprinderii care contravin uzanţelor cinstite şi principiului general al bunei-credinţe şi care produc sau pot produce pagube oricăror participanţi la piaţă. Forțarea concurenților să renunțe la orice profit în competițiile de atribuire a contractelor de achiziție publică/ sectorială, pentru a avea șanse de obținere a lor, este de natură a le produce pagube de ordin financiar.

În consecință, profitul estimat pentru orice societate ofertantă nu poate fi omis, ori practicat pentru ruinarea concurenței sau

denaturarea competiției loiale între ofertanți. Se prezumă că orice prestator prudent nu va oferta decât dacă viitorul contract este profitabil din punct de vedere economic.

Pe de altă parte, profitul nu poate fi acoperit din costuri, cum sunt cele care intră în categoria cheltuielilor indirecte, regimul lor fiind esențial diferit (diametral opuse).

Conform Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1826/2003:

2.3. Gruparea cheltuielilor în vederea calculării costurilor

Pentru calculul costurilor bunurilor, lucrărilor, serviciilor și al costurilor perioadei, cheltuielile înregistrate în contabilitatea financiară după natura lor se grupează în contabilitatea de gestiune astfel:

a) cheltuieli directe;
b) cheltuieli indirecte;
c) cheltuieli de desfacere;
d) cheltuieli generale de administrație.

Cheltuielile directe sunt acele cheltuieli care se identifică pe un anumit obiect de calculație (produs, serviciu, lucrare, comandă, fază, activitate, funcție, centru etc.) încă din momentul efectuării lor și ca atare se includ direct în costul obiectelor respective.

Cheltuielile directe cuprind: costul de achiziție al materiilor prime și materialelor directe consumate, energia consumată în scopuri tehnologice, manopera directă (salarii, asigurări și protecția socială etc.), alte cheltuieli directe.

Cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei.

Cheltuielile indirecte cuprind:

- regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrarea secțiilor;

- regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă.

Totodată, în Reglementările contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1802/2014, se prevede un cont de calculație distinct pentru cheltuielile indirecte de producție (923).

Costul de producție sau de prelucrare al stocurilor, precum și costul de producție al imobilizărilor cuprind cheltuielile directe aferente producției, și anume: materiale directe, energie consumată în scopuri tehnologice, manoperă directă și alte cheltuieli directe de producție, costul proiectării produselor, precum și cota cheltuielilor indirecte de producție alocată în mod rațional ca fiind legată de fabricația acestora.

Costurile de conversie (prelucrare) a stocurilor includ costurile direct legate de unitățile produse, cum ar fi costurile cu manopera directă. De asemenea, ele includ și alocarea sistematică a regiei fixe și variabile de producție generată de transformarea materialelor în produse finite. Regia fixă de producție constă în acele costuri indirecte de producție care rămân relativ constante, indiferent de volumul producției, cum sunt: amortizarea, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și costurile cu conducerea și administrarea secțiilor. Regia variabilă de producție constă în acele costuri indirecte de producție care variază direct proporțional sau aproape direct proporțional cu volumul producției, cum sunt materialele indirecte și forța de muncă indirectă.

Revenind la explicațiile SC ..... SRL din răspunsul la solicitarea nr. 21111/12.04....., ele sunt, într-adevăr, contradictorii și, în consecință, neconcludente, atâta vreme cât în anexa la formularul de ofertă este asumat profit „0”, iar în răspuns declară că „în cadrul propunerii financiare există profit”. Așadar, răspunsul dat de societate poate fi apreciat drept neconcludent, el fiind supus dispozițiilor imperative ale art. 140 alin. (4) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

În speță, în mod judicios entitatea contractantă a considerat că sunt aplicabile prevederile imperative ale art. 143 alin. (3) lit. c) din norme, potrivit cărora, în condițiile art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, oferta este considerată neconformă în situația în care conține, în cadrul propunerii financiare, prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate. Corect este și raționamentul că valoarea cheltuielilor indirecte nu poate fi reprezentată doar de costul carburantului, după cum se arată și în precizările reproduse mai sus, aprobate prin ordin al ministrului finanțelor publice.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal entitatea a respins oferta SC ..... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu SC ..... SA.

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu SC ..... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

....

Redactată în patru exemplare, conține cincisprezece pagini.