

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./...., înaintată de, cu sediul în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., CIF, reprezentată legal de administrator ..., formulată împotriva documentației de atribuire întocmită de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, în sensul modificării valorii estimate, fără TVA, a contractului.

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

Prin contestația formulată, ...solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea menționează că tariful orar pentru prestarea serviciului de pază, estimat de către autoritatea contractantă, este de lei/oră.

Aceasta arată că autoritatea contractantă nu a ținut seama, în stabilirea prețului estimat, de toate costurile generate de executarea contractului, încălcând dispozițiile legale privind salariul minim brut garantat în plată, Legea nr. 53/2003, Legea nr. 227/2015, Legea nr. 448/2006 și Legea nr. 301/2012.

În continuare, contestatoarea prezintă calculul privind analiza tarifului minim orar, ce respectă legislația în vigoare.

Astfel, susține că tariful orar nu poate fi mai mic de ... lei/oră și orice tarif solicitat a fi prezentat sub acest quantum nu poate fi justificat.

Aceasta menționează că, calcularea de către autoritatea contractantă a unei valori estimate a serviciilor de pază, de lei/oră, este nelegală și intră în contradicție directă cu opiniile anterioare ale acesteia.

Totodată arată faptul că, în procedura de achiziție anulată anterior, autoritatea contractantă a estimat lei/oră.

Mai arată că de la data anterioarei proceduri și până la data prezentei proceduri nu au apărut schimbări legislative care să determine scăderea cheltuielilor cu execuția contractului, din contră, a intrat în vigoare HG nr. 4/2021, care majorează salariul minim de la lei/lună la lei/lună.

Concluzionând, autoarea contestației susține că valoarea estimată a contractului a fost subevaluată, autoritatea contractantă încălcând principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În drept, sunt invocate prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, precum și toate dispozițiile legale invocate în contestație.

În probațiune, sunt depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr./...., înregistrat la Consiliu cu nr. .../..., ... a solicitat respingerea contestației și menținerea ca temeinică și legală a documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă invocă lipsa calității procesuale a contestatoarei, arătând că aceasta nu a depus ofertă și nu a solicitat clarificări cu privire la prețul stabilit prin documentația de atribuire.

Împotriva alegațiilor contestatoarei, autoritatea contractantă precizează că, în vederea estimării valorii contractului au fost respectate dispozițiile art. 9 din legea nr. 98/2016, precum și cele prevăzute la art. 16 din HG nr. 395/2016.

Aceasta arată că pentru a determina valoarea tarifului/oră, raportat la obiectul contractului, a efectuat un studiu comparativ asupra ofertelor prezentate în SEAP, pentru care s-au identificat un număr de oferte, care cuprind valori între lei/oră și ... lei/oră.

De asemenea arată că a fost consultat și site-ul ANAP, iar în urma consultării documentației de atribuire a serviciilor de pază pentru anul 2021, demarată la data de, a rezultat faptul că prețul/oră stabilit a fost în cuantum de ... lei/oră.

Raportat la cele precizate de contestatoare, cu privire la valoarea estimată pentru procedura desfășurată anterior, autoritatea contractantă este de părere că nu pot face obiectul prezentei contestații, fiind vorba despre o procedură diferită.

Mai arată că, raportat la preț, în cazul procedurii anterioare exista o clauză care stipula că prețul este ferm și tariful nu se ajustează.

În drept, sunt invocate prevederile Legii nr. 101/2016 și Legii nr. 98/2016.

Prin adresa nr./.../C8/..., Consiliul a solicitat autorității contractante să comunice, în regim de urgență, stadiul procedurii de atribuire, precum și toate documentele primite și înregistrate ulterior datei de

Ca răspuns la adresa sus menționată, autoritatea contractantă a transmis adresa nr., comunicând faptul că începând cu data de 19.04.2021 procedura de atribuire a fost suspendată, până la finalizarea contestației.

În completarea răspunsului nr. ..., autoritatea contractantă a precizat: „Ofertarea la procedura de achiziție privind serviciile de pază

derulată de M.E. a avut termen limită de depunere în data de ... ora 11.00. Până la acea dată au fost primite un număr de oferte. La ora 10:59 în data de ..., cu un minut înainte de expirarea termenului de depunere a ofertelor, am fost notificați pe email cu privire la contestația depusă de, motiv pentru care comisia de evaluare nu a mai fost convocată pentru evaluarea acestora, până la finalizarea contestației. Astfel până la finalizarea contestației, procedura de atribuire a contractului privind serviciile de pază și protecție la sediile M.E., este suspendată”.

Prin adresa nr. .../...../C8/..., Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită decizia de suspendare a procedurii din data de ..., astfel cum reiese din adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr.

Urmare solicitării Consiliului nr., autoritatea contractantă a comunicat că nu există o decizie de suspendare a procedurii, aceasta fiind rămasă în așteptare.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..... a organizat o procedură proprie, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „....”, valoarea estimată a contractului ce urmează a se încheia fiind de lei, fără TVA.

Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 2...../1, emisă de, în data de ..., prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de lei.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția invocată de autoritatea contractantă, privind lipsa calității de persoană vătămată a contestatoarei în formularea contestației, întemeiată pe faptul că nu a solicitat niciun fel de clarificări cu privire la documentația de atribuire, nedemonstrând, astfel, interesul de a participa la aceasta, respectiv pe faptul că autoarea contestației nu a fost prejudiciată.

În soluționarea acestei excepții, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții ale Legii nr. 101/2016:

- art. 2 alin. (1), potrivit căruia: „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”;

- art. 3 alin. (1) lit. f), conform căruia: „În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritatea contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

În speță, prezenta contestație vizează valoarea estimată a prezentei proceduri pe care contestatoarea o consideră insuficientă, iar legislația în vigoare recunoaște dreptul de a contesta documentația de atribuire independent de formularea sau nu a unei solicitări de clarificări în temeiul art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În speță, ...are calitatea de persoană vătămată întrucât nu poate participa la procedura de atribuire astfel cum a fost configurată de către autoritatea contractantă.

În aceste condiții, Consiliul constată că, în aceasta fază a procedurii de atribuire, ...îndeplinește condițiile cumulative de persoană vătămată stipulate de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care excepția invocată de autoritatea contractantă va fi respinsă ca nefondată.

Analizând fondul contestației, Consiliul constată că nemulțumirea contestatoarei se referă la valoarea estimată a procedurii, care, în opinia sa, este subevaluată.

Prin contestația formulată, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a întocmit, în mod eronat, documentația de atribuire prin impunerea unei valori estimate mai mică decât costurile salariale minime.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere că modul de calcul al valorii estimate este atributul exclusiv al autorității contractante, așa cum stabilesc dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției”.

Referitor la acest aspect, Consiliul constată că valoarea estimată, de către autoritatea contractantă, este de .. lei, fără TVA (valoare contract 2021 - lei; valoare prelungire 2022 - ... lei).

Potrivit autorității contractante, înainte de a stabili cuantumul acestei valori, a efectuat un studiu de piață, astfel încât să se asigure că valoarea estimată este suficientă.

În acest sens, Consiliul constată că, la dosarul cauzei, s-au depus următoarele: Instrucțiuni privind achiziția servicii de pază și protecție având nr. .../..., emisă de ANAP, din care rezultă tariful de ... lei/oră și print-screen-uri din SEAP cu oferte ce cuprind valori cuprinse între ... lei/oră – ... lei/oră.

În analiza contestației, Consiliul apreciază relevante următoarele dispoziții:

- art. 1 alin. (1) din HG nr. 4/2021, potrivit căruia „Începând cu data intrării în vigoare a prezentei hotărâri, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, prevăzut la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de ... lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de ore pe lună, reprezentând ... lei/oră;

- Codul muncii:

- art. 112 alin. (1): „(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. 113 alin. (1) și (2): „(1) Repartizarea timpului de muncă în cadrul săptămânii este, de regulă, uniformă, de 8 ore pe zi timp de 5 zile, cu două zile de repaus. (2) În funcție de specificul unității sau al muncii prestate, se poate opta și pentru o repartizare inegală a timpului de muncă, cu respectarea duratei normale a timpului de muncă de 40 de ore pe săptămână”;

- art. 114 alin. (1): „(1) Durata maximă legală a timpului de muncă nu poate depăși 48 de ore pe săptămână, inclusiv orele suplimentare”;

- art. 115 alin. (2): „(2) Durata zilnică a timpului de muncă de 12 ore va fi urmată de o perioadă de repaus de 24 de ore”;

- art. 122 alin. (1): „(1) Munca suplimentară se compensează prin ore libere plătite în următoarele 60 de zile calendaristice după efectuarea acesteia”;

- art. 123: „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”;

- art. 125 alin. (1): „(1) Munca prestată între orele 22,00-6,00 este considerată muncă de noapte”;

- art. 126: „Salariații de noapte beneficiază: a) fie de program de lucru redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă, pentru zilele în care efectuează cel puțin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază; b) fie de un spor pentru munca prestată în timpul nopții de 25% din salariul de bază, dacă timpul astfel lucrat reprezintă cel puțin 3 ore de noapte din timpul normal de lucru”;

- art. 137 alin. (1), (2) și (3): „(1) Repausul săptămânal este de 48 de ore consecutive, de regulă sâmbăta și duminica. (2) În cazul în care repausul în zilele de sâmbătă și duminică ar prejudicia interesul public sau desfășurarea normală a activității, repausul săptămânal poate fi acordat și în alte zile stabilite prin contractul colectiv de muncă aplicabil sau prin regulamentul intern. (3) În situația prevăzută la alin. (2) salariații vor beneficia de un spor la salariu stabilit prin contractul colectiv de muncă sau, după caz, prin contractul individual de muncă”;

- art. 139 alin. (1): „(1) Zilele de sărbătoare legală în care nu se lucrează sunt:

- 1 și 2 ianuarie;
- 24 ianuarie - Ziua Unirii Principatelor Române;
- Vinerea Mare, ultima zi de vineri înaintea Paștelui;
- prima și a doua zi de Paști;
- 1 mai;
- 1 iunie;
- prima și a doua zi de Rusalii;
- Adormirea Maicii Domnului;
- 30 noiembrie - Sfântul Apostol Andrei, cel Întâi chemat, Ocrotitorul României;
- 1 decembrie;
- prima și a doua zi de Crăciun;
- două zile pentru fiecare dintre cele 3 sărbători religioase anuale, declarate astfel de cultele religioase legale, altele decât cele creștine, pentru persoanele aparținând acestora”;

- art. 142 alin. (2): „În cazul în care, din motive justificate, nu se acordă zile libere, salariații beneficiază, pentru munca prestată în zilele de sărbătoare legală, de un spor la salariul de bază ce nu poate fi mai mic de 100% din salariul de bază corespunzător muncii prestate în programul normal de lucru”;

- art. 144 alin. (1): „Dreptul la concediu de odihnă anual plătit este garantat tuturor salariaților”;

- art. 145 alin. (1): „Durata minimă a concediului de odihnă anual este de 20 de zile lucrătoare”;

- art. 150 alin. (1): „Pentru perioada concediului de odihnă salariatul beneficiază de o indemnizație de concediu, care nu poate fi mai mică decât salariul de bază, indemnizațiile și sporurile cu caracter

permanent convenite pentru perioada respectivă, prevăzute în contractul individual de muncă”;

- art. 220³ alin. (1) din Codul fiscal, potrivit căruia „Cota contribuției asiguratorii pentru muncă este de 2,25%”.

Față de dispozițiile legale anterior evocate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de către operatorii economici prin propunerea unor prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate, cu atât mai mult cu cât operatorul economic trebuie să ofere licit pe piață prestarea de servicii, potrivit art. 3 lit. jj) din Legea nr. 98/2016: operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asocieri de astfel de persoane, inclusiv orice asocieri temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, (...)”.

Verificând conținutul caietului de sarcini, Consiliul constată că serviciile de pază care fac obiectul prezentului contract urmează să fie prestate pentru 5 posturi permanente 24/24/7/7 și 1 post pe timp de zi 8/24/5/7, în total ore (.... ore pentru anul 2021 și ... ore pentru anul 2022) s-a prevăzut o valoare estimată de ... lei, rezultând un tarif de lei/oră.

Procedând la realizarea unui calcul sumar al tarifului orar minimal ce trebuie asigurat de către un angajator pentru remunerarea unui agent de pază, Consiliul reține că tariful orar aferent salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, conform HG nr. 4/2021, este de lei/oră, la care trebuie adăugate, având în vedere natura serviciilor ce urmează a fi prestate (24 ore/24 ore, 7 zile pe săptămână), cheltuieli rezultate din prevederile Codul Muncii, respectiv: ore suplimentare, sporul de noapte, sporul de sărbători legale, sporul de repaus săptămânal etc. La aceste cheltuieli trebuie adăugate cheltuielile directe cum ar fi uniforme de lucru, echipamente de protecție, stații pentru emisie-recepție etc., costurile de medicina muncii, protecția și securitatea în muncă, costurile de pregătire profesională/instruire a personalului precum și cheltuielile indirecte etc.

La suma obținută trebuie adăugată cota de contribuție în vigoare datorată de angajator bugetelor componente ale bugetului consolidat conform Codului fiscal și aplicarea cotei de 2,25%.

Consiliu nu poate reține justificarea autorității contractante referitoare la stabilirea valorii estimate, respectiv susținerile potrivit cărora aceasta a avut în vedere valoarea reală a contractelor similare succesive atribuite în ultimele 12 luni și analiza pieței prin studierea prețurilor din „lista catalog de produse/servicii/lucrări”, în condițiile în care orice calcul al valorii estimate nu trebuie făcut doar prin raportare la contractele anterioare, ci trebuie să asigure posibilitate derulării

contractului cu respectarea cerințelor impuse în caietul de sarcini și a tuturor obligațiilor legale ce decurg din aplicarea prevederilor Codului muncii, a Codului fiscal etc. În consecință, determinarea de către autoritatea contractantă a unui tarif de lei/oră, apare ca fiind nelegală, cu atât mai mult cu cât aceasta nu a detaliat componența tarifului stabilit, pe fiecare cheltuială în parte.

Autoritatea contractantă nu poate ignora prevederile legale în vigoare și să accepte niște prețuri calculate în baza unor tarife orare care nu respectă prevederile legale, motivat de faptul că se pune în discuție însăși posibilitatea derulării contractului, în speță fiind relevant faptul că orice ofertă reprezintă un angajament asumat de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, motiv pentru care prețul ofertat nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un element esențial al propunerii financiare, real și sustenabil.

Astfel, așa cum s-a arătat mai sus, în determinarea valorii estimate a contractului ce urmează a fi prestat, autoritatea contractantă trebuie să țină cont de toate drepturile și obligațiile ce decurg din prevederile legale în vigoare, astfel încât operatorii economici să nu fie puși în situația de a elabora oferte de preț care să vicieze rezultatul procedurii prin reduceri de costuri/tarife orare/salarii pe fondul neachitării sau achitării din alte surse terțe a contribuțiilor aferente salariilor.

Raportat la aceste aspecte, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu poate stabili valoarea estimată 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 inițierii procedurii erau sau trebuiau cunoscute de autoritatea contractantă.

Concluzionând, rezultă faptul că autoritatea contractantă nu a determinat cu maximă rigurozitate valoarea estimată a contractului ce urmează a fi prestat prin raportare la cerințele documentației de atribuire, la salariul minim brut garantat, la drepturile și obligațiile ce decurg din prevederile Codului Muncii, precum și la alte obligații stabilite în sarcina angajatorilor (ex. Legea nr. 448/2006), fiind încălcate, astfel, dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește acordarea unor ajutoare de stat, Consiliul are în vedere faptul că deși o serie de societăți de pază accesează aceste ajutoare, mai ales ajutoarele acordate pentru angajarea șomerilor sau tinerilor, valoarea acestora nu poate fi luată în considerare la calculul valorii estimate a contractului, întrucât aceasta ar însemna restrângerea concurenței, prin faptul că numai societățile care primesc ajutoare de stat ar putea depune oferte care să se încadreze în valoarea estimată de autoritatea contractantă.

De altfel, nu există nicio prevedere legală care să permită autorităților contractante ca valoarea estimată a contractelor să fie diminuată cu valoarea ajutoarelor de stat pe care ar urma să le primească ofertanții.

Sigur, în cadrul ofertelor depuse, operatorii economici care primesc astfel de ajutoare le pot include în prețul ofertei, însă acest fapt trebuie lăsat la libera alegere a participanților la procedură, fără a fi impusă, chiar și indirect printr-o valoare estimată mică, prin documentația de atribuire, caz în care operatorilor economici care nu beneficiază de astfel de ajutoare le-ar fi restricționat accesul la procedură.

Contrar susținerilor autorității contractante, întrucât la solicitarea Consiliului, aceasta nu a putut proba că, la acest moment, procedura a fost suspendată, iar ofertele nu au fost deschise, în condițiile în care susține că ar fi primit șase oferte, Consiliul constată că, într-o atare situație, nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere a documentației de atribuire, în sensul obligării autorității contractante la refacerea calculului valorii estimate a procedurii, ținând seama de salariu minim pe economie, de legislația muncii, incidentă în cauză și de toate sporurile aferente acestui tip de serviciu (pază și protecție), motiv pentru care în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de, în contradictoriu cu și va anula procedura de atribuire.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, excepția invocată de autoritatea contractantă, privind lipsa calității de persoană vătămată a contestatoarei.

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu și anulează procedura de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

....

