CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 790/20.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 54571/21.12.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de către ..., împotriva fișei de date, documentației de atribuire, clarificărilor nr. 21739/05.11.2017 și nr. 22225/12.12.2017, răspunsului autorității contractante nr. 22763/ 18.12.2017 la notificarea prealabilă, acte emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază pentru obiectivele Consiliului Județean (pentru anul 2018)”, s-a solicitat anularea prezentei proceduri ca urmare a refuzului autorității contractante de a ține cont de dispozițiile H.G. nr. 846/2017 publicată în Monitorul Oficial nr. 950 din 29.11.2017 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, începând cu data de 01.01.2018.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
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 ... contestă documentația de atribuire a procedurii în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul precizează că, la data de 25.11.2017, autoritatea contractantă ... a inițiat procedura de atribuire pentru „Servicii de pază

pentru obiectivele Consiliului Judeţean (pentru anul 2018)”, prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. ...

La procedura antemenționată, o serie de operatori economici au sesizat autoritatea contractantă cu privire la modul de calculare a tarifului orar ofertat, ținându-se seama de faptul că a fost deja publicată H.G. nr. 846/2017, prin care se instituie noul tarif minim de 11,40 lei/oră, pentru un program complet de lucru de 166 ore, în medie, pe lună, în anul 2018.

... consideră că autoritatea contractantă, în mod greşit a impus prin adresele nr. 21739/05.11.2017 și nr. 22225/12.12.2017, ca tariful ofertat să fie calculat pe baza salariului minim de 1.450 lei, atât timp cât, la data la care se vor depune ofertele, H.G. nr. 846/2017 este în vigoare, fiind publicată în Monitorul Oficial nr. 950 din 29.11.2017, apreciind că, în condițiile în care contractul ce urmează a fi încheiat se va derula pe perioada anului 2018, arată că se impune ca ofertarea să pornească de la tariful de 11,40 lei/oră.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă, în mod greşit impune ca ofertarea financiară să pornească de la valoarea actuală a salariului minim pe economie, de 1.450 lei/lună, deși derularea contractului se va face pe perioada anului 2018, și, prin urmare, acest tarif orar este depăşit, nemaiavând aplicabilitate în anul 2018. Prin urmare, în data de 18.12.2017, contestatorul a înaintat autorității contractante Notificarea prealabilă nr. 733, prin care a solicitat autorității contractante să adopte măsuri de remediere în ceea ce priveşte calculul tarifului orar ce va fi ofertat de către ofertanţi în cadrul procedurii antementionată și să dispună în acest sens.

... învederează că, în data de 19.12.2017, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul nr. 22763/18.12.2017 la notificarea prealabilă, menținându-și poziţia privind ofertarea la salariul minim actual de 1.450 lei/lună, respectiv la tariful de 8,735 lei/oră, deși contractul se va desfășura pe parcursul anului 2018 și la data depunerii ofertelor, respectiv 27.12.2017 este publicată în Monitorul Oficial nr. 950/29.11.2017 – H.G. nr. 846/2017 privind salariul de bază minim brut pe ţară garantat în plată, care se stabileşte la 1.900 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 166 ore, în medie, pe lună, în anul 2018, reprezentând 11,40 lei/oră.

Urmare celor antemenționate, contestatorul consideră necesară anularea procedurii ca urmare a refuzului autorității contractante de a ține cont de dispoziţiile H.G. nr. 846/2017, publicată în Monitorul Oficial nr. 950 din 29.11.2017 pentru stabilirea salariului minim brut pe țară garantat în plată, începând cu data de 01.01.2018, ca nelegală.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a anexat formularul de ofertă financiară Anexa 1 la acesta, care cuprinde calculul privind devizul orar, prin care solicită ca devizul să fie calculat pe baza salariului minim actual garantat în plată, de 1.450 lei/lună și ținându-se cont de o seamă de contribuții reglementate până la data de 31.12.2017, ce vor trece la salariat începând cu data de 01.01.2018 fără a specifica nicio mențiune despre contribuția asiguratorie pentru muncă – 2,25%, care se va aplica de la 01.01.2018.

... învederează că autoritatea contractantă nu ține cont că, odată cu modificarea adusă de O.U.G. nr. 60/2017 pentru Legea 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, republicată, se aduc următoarele modificări:
- prioritizarea angajării în muncă a persoanelor cu dizabilități, în procent de 4% din numărul total de angajaţi, din companiile cu peste 50 de salariaţi;
- modificarea modului de calcul al taxei aferente fondului de handicap, datorată de companii conform legii;
- eliminarea posibilităţii de a achiziţiona servicii sau produse de la unitățile protejate, în baza taxei de handicap.

Contestatorul arată că, începând cu 1 septembrie 2017, modul de calcul al taxei s-a modificat, iar companiile au obligaţia de a plăti lunar către bugetul de stat o sumă dublă față de perioada anterioară. Noua valoare a taxei datorate pentru fondul de handicap reprezintă un salariu de bază minim brut pe țară, garantat în plată, înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care companiile nu au angajate persoane cu dizabilități. Din acelaşi act normativ rezultă faptul că, tot de la 1 septembrie 2017, companiile își pierd posibilitatea de a mai achiziţiona produse sau servicii realizate de unitățile protejate autorizate, în sumă echivalentă cu suma datorată la bugetul de stat.

Având în vedere că recent s-a oficializat creşterea salariului minim brut pe țară, din ianuarie 2018, rezultă că sumele de bani pe care le vor datora firmele la stat, pentru că nu angajează persoane cu handicap, vor creşte semnificativ.

... consideră că fiecare societate participantă la procedura antemenționată își va întocmi propriul deviz, fără a ține cont de modificările H.G. nr. 846/2017 și O.U.G. nr. 60/2017, lucru ce va duce la o discrepanță între preţurile ofertate după indexarea propusă de autoritatea contractantă (de exemplu: o firmă care nu va ține cont la întocmirea devizului de taxa de handicap, de contribuţiile asigurătorii pentru muncă, după indexare este posibil ca preţul ei să fie mai mare decât o firmă care a ținut cont de aceste cheltuieli, dar a bugetat nişte cheltuieli indirecte și o cotă de profit diferită în cadrul aceluiaşi deviz).

Contestatorul invocă principiile de la art. 2 din Legea 98/2016 privind achiziţiile publice, dispozițiile art. 8-20 din Legea 101/2016 și art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 și solicită anularea procedurii ca urmare a refuzului autorității contractante de a ține cont de dispoziţiile H.G. nr. 846/2017 publicată în Monitorul Oficial nr. 950 din 29.11.2017 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe ţară garantat în plată, începand cu data de 01.01.2018.

Prin adresa nr. 712/28.12.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 55431/28.12.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, prin care solicită respingerea acesteia în principal ca inadmisibilă și tardivă și, în subsidiar, ca nefondată.

... învederează că, în data de 25.11.2017 a inițiat procedura de atribuire în cauză și a publicat în SEAP întreaga documentație necesară operatorilor economici interesați pentru întocmirea unei oferte

corespunzătoare din punct de vedere tehnic și financiar, iar în cuprinsul documentului „Anexa 1 la formularul de ofertă” s-a precizat în mod expres că, pentru calculul tarifului unitar al serviciilor de pază se vor avea în vedere dispozițiile H.G. nr. 1/2017 care prevăd un salariu minim de 1.450 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 166,00 ore, în medie, pe lună, în anul 2017, reprezentând 8,735 lei/oră.

Autoritatea contractantă invocă excepția prematurității contestației, precizând că ... a formulat notificarea prealabilă în data de 18.12.2017, iar contestația a fost depusă în data de 20.12.2017, cu încălcarea vădită a dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016 prin raportare la art. 6 din același act normativ.

... invocă inadmisibilitatea contestației, precizând că, din compararea cererilor formulate de ... în etapa notificării prealabile (revizuirea poziției autorității contractante în privința calculului tarifului unitar) și în cea a contestației depusă la CNSC (anularea procedurii de atribuire) rezultă o vădită diferență de obiect ale actelor procedurale respective, fapt ce atrage inadmisibilitatea contestației ca urmare a lipsei solicitării aceleiași măsuri a anulării procedurii și în faza pre-contencioasă.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă tardivitatea criticilor, având în vedere că, în „Anexa 1 la formularul de ofertă” s-a precizat în mod expres că, pentru calculul tarifului unitar al serviciilor de pază se vor avea în vedere dispozițiile H.G. nr. 1/2017 care prevăd un salariu minim de 1.450 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 166,00 ore, în medie, pe lună, în anul 2017, reprezentând 8,735 lei/oră.

... solicită respingerea criticilor care vizează prevederi ale documentației de atribuire, devenite definitive și obligatorii prin lipsa contestării în termenul legal.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. ..., CNSC i-a solicitat contestatorului punctul său de vedere cu privire la excepțiile prematurității și inadmisibilității contestației, invocate de către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 13/08.01.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 633/08.01.2018, ... a răspuns solicitării Consiliului, precizând că nu este de acord cu excepțiile prematurității și inadmisibilității contestației, invocate de către autoritatea contractantă, din următoarele considerente:

- Contestatorul ... arată că a publicat în SEAP, în data de 18.12.2017, notificarea prealabilă cu nr. 733/18.12.2017, autoritatea contractantă răspunzând și tratând notificarea prealabilă ca o solicitare de clarificări, în acest sens formulând răspunsul nr. 22763/18.12.2017 pe care l-a publicat în SEAP la data de 19.12.2017, la secțiunea aferentă clarificărilor privind documentația de atribuire;
- Contestatorul demonstrează prin print-screen-uri că autoritatea contractantă nu a răspuns notificării prealabile, motiv pentru care a solicitat necesar să se adreseze CNSC.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire în cauză.

Procedând la soluționarea contestației, prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", motiv pentru care va proceda, cu prioritate, la soluționarea excepției prematurităţii formulării contestației, invocată de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 712/28.12.2017, înregistrat la CNSC cu nr. 55431/28.12.2017.

Astfel, în ceea ce privește excepția prematurităţii formulării contestației, invocată de autoritatea contractantă, analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul are în vedere că la contestația depusă de către ... a fost anexată, între altele, în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, notificarea prealabilă nr. 773/18.12.2017, nu însă și răspunsul formulat de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (4) din același act normativ.

Analizând cuprinsul adresei nr. 773/18.12.2017, anexată de contestator la contestația formulată, Consiliul reține că a fost denumită „notificare prealabilă în baza art. 6 din Legea r. 101/2016" iar în cuprinsul acesteia s-a precizat că *„La procedura sus menționată, o serie de operatori economici au sesizat autoritatea contractantă cu privire la modul de calculare a tarifului ofertat, ținându-se seama de faptul că a fost deja publicată H.G. nr. 846/2017, prin care se institue noul tarif minim de 11,40 lei/ora, pentru un program complet de lucru de 166 de ore, în medie, pe lună, în anul 2018.*

Considerăm că autoritatea contractantă, în mod greșit a impus prin adresele 21739/05.11.2017 și 22225/12.12.2017, ca tariful ofertat să fie calculat pe baza salariului minim de 1.450 lei, atât timp cât la data la care se vor depune ofertele H.G. nr. 846/2017 afost publicată în Monitorul Oficial nr. 950 din 29.11.2017.

Deoarece contractul se va derula pe perioada anului 2018, cu atât mai mult se impune ca ofertarea să pornească de la tariful de 11,40 lei/ora.

Considerăm că autoritatea contractantă, în mod greșit, impune ca ofertarea financiară să pornească de la valoarea actuală a salariului minim pe economie de 1450 lei/lună, deși derularea contractului se va face pe perioda anului 2018 și prin urmare acest tariforar este depășit, el nemaiavând aplicabilitate în anul 2018.

Prin urmare vă solicităm să revizuiți poziția autorității contractante în ceea ce privește calculul tarifului orar ce va fi ofertat și să dispuneți măsuri de remediere în acest sens".

În ceea ce privește susținerile ... din cuprinsul adresei nr. 13/08.01.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 633/08.01.2018, prin care arată că a publicat în SEAP, în data de 18.12.2017, notificarea prealabilă cu nr. 733/18.12.2017, la care autoritatea contractantă a răspuns formulând răspunsul nr. 22763/18.12.2017 pe care l-a publicat în SEAP la data de 19.12.2017, la secțiunea aferentă clarificărilor privind documentația de

atribuire, analizând cuprinsul print-screen-ul atașat de contestator, Consiliul constată că, deși a fost denumit „notificare”, aceasta nu conține elementele obligatorii ale notificării prealabile, în cuprinsul acestuia nefiind precizate măsurile de remediere pe care le consider necesare a fi luate.

Sub acest aspect, Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora *„Notificarea prealabilă se face în scris şi conţine cel puţin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz*” și apreciază că solicitarea nr. 733/18.12.2017, postată în SEAP, la care face referire contestatorul și la care susține că a primit răspunsul autorității contractante, reprezintă în fapt o clarificare formulată în conformitate cu prevederile art.160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, la care a primit răspuns potrivit alin. (2) al aceluiași articol.

Este avut în vedere că solicitările de clarificare ale documentației de atribuire (cum este în fapt și solicitarea contestatoarei din 18.12.2017), ca acte de drept material, nu pot fi asimilate notificării prealabile, *ca act procesual, nu doar conținutul, ci și regimul și efectele lor juridice fiind distincte.*

Un operator economic nu se poate prevala de existența unei solicitări de clarificări pentru a susține îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

În situația admiterii susținerilor contestatoarei, s-ar ajunge în situația în care, orice solicitare de clarificări, ar putea fi calificată drept notificare prealabilă, ori un astfel de raționament ar eluda dispozițiile care reglementează procedura notificării prealabile, ar fi golită de orice conținut necesitatea parcurgerii acestei etape.

Procedura notificării prealabile instituie o obligație subiectului vătămat de a se adresa autorității care i-a produs vătămarea și să solicite acesteia remedierea pretinsei încălcări în materie, într-un anumit termen, expres prevăzut de art. 6 din Legea nr. 101/2016. În schimb posibilitatea de a solicita clarificări în legătură cu documentația de atribuire și termenul de răspuns la o astfel solicitare sunt reglementate de art. 160 din Legea nr. 98/2016.

Purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care operatorul economic solicită explicații legate de cerințele documentației de atribuire sau eliminarea sau modificarea lor, nu poate fi considerată astfel și nici nu are ca efect nașterea dreptului de a formula contestație, în urma răspunsului autorității, împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă termenul de notificare prealabilă. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de notificare, s-ar ajunge la eludarea termenului impus de legiuitor.

De asemenea, Consiliul reține ca fiind relevante dispozițiile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, care prevăd că *„În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau*

nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări", rezultând că, în măsura în care nu a făcut dovada că autoritatea contractantă a formulat un răspuns la notificarea prealabilă nr. 773/18.12.2017, înainte de a formula contestația nr. 790/20.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 54571/ 21.12.2017, contestatorul trebuia să aștepte scurgerea termenului de 3 zile acordat autorității contractante pentru formularea unui răspuns.

Or, în cauză, după cum se poate observa, între momentul transmiterii notificării prealabile (18.12.2017) și momentul transmiterii contestației deduse judecății (20.12.2017) s-a scurs o perioadă mai scurtă decât cea prevăzută la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, termenul până la care autoritatea contractantă putea răspunde la notificarea prealabilă se încheia, potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 la expirarea ultimei ore a zilei de 21.12.2017.

Astfel, potrivit dispozițiilor legale invocate:

Art. 5 – (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

Rezultă, așadar, din prevederile citate, că, urmare a primirii răspunsului la notificarea prealabilă sau **expirării termenului** în care acesta ar fi trebuit să formuleze un răspuns, contestatoarea se poate adresa Consiliului.

Totodată, prezintă relevanță în cauză dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care prevăd modalitatea în care se calculează termenul de contestare, respectiv „*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 şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante*", rezultând că aspectele contestate trebuie să se raporteze la conținutul răspunsului formulat de autoritatea contractantă, la lipsa acestuia sau la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, în funcție de refuzul de a răspunde, de a lua măsuri de remediere sau după luarea efectivă a acestor măsuri de remediere de către autoritatea contractantă, or în cuprinsul contestației nr. 790/20.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 54571/21.12.2017 nu se face nicio referire la vreun răspuns al autorității contractante sau la măsuri de remediere adoptate de către aceasta.

Raportat la textele legale incidente, Consiliul constată că prin depunerea notificării prealabile în data de 18.12.2017, ultima zi în care autoritatea contractantă putea formula un răspuns a fost **21.12.2017**, rezultând că, în măsura în care contestatorul nu a făcut dovada formulării unui răspuns de către autoritatea contractantă la adresa nr. 773/18.12.2017, depunerea contestației la data 20.12.2017 (înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 54571/21.12.2017) reprezintă un demers prematur, nefiind respectat termenul de 3 zile pe care îl avea la dispoziție autoritatea contractantă pentru comunicarea răspunsului său la notificarea prealabilă,

motiv pentru care Consiliul admite excepția prematurității contestației formulate de ..., invocată de autoritatea contractantă.

În aceste condiții, pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca prematură, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu .... fără a se mai pronunța cu privire la fondul cauzei și la alte excepții invocate.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția prematurităţii formulării contestației de către ..., invocată de către autoritatea contractantă ....

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca prematură.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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