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. 1461/01.07.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ..., depusă de SC ..... SA, cu sediul în municipiul .....,....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator președinte C.A. ....., privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”...”, cod CPV 45221100-3, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., str. ... nr. 1, ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 9315/25.06.2019 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicării nr. 9319/25.06.2019;
- obligarea autorității contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:
  - reanalizarea ofertei financiare a SC ..... SA prin raportare la clarificarea nr. 1962/11.02.2019, precum și la Instrucțiunea ANAP nr. 2/21.12.2018 publicată în Monitorul Oficial nr. 32 din 11 ianuarie 2019, în vigoare la data depunerii ofertelor;
  - continuarea procedurii considerând acceptabilă oferta depusă de SC ..... SA.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față,

prin care SC ..... SA reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că în urma publicării în SEAP a anunțului de participare nr. ... societatea sa a formulat o solicitare de clarificare prin care am rugat autoritatea contractantă să clarifice dacă la întocmirea proiectului și stabilirea valorii estimate a contractului a luat în considerare și creșterea prețurilor la materiile prime și materiale din ultima perioadă dar și creșterea tarifului orar la manoperă începând cu data de 01.01.2019.

Răspunsul autorității contractante materializat în Răspunsul la întrebarea 1 din clarificarea nr. 1962/11.02.2019 a fost *„La întocmirea proiectului, pentru materiile prime și materiale s-au luat în considerare prețurile pieței aferente sfârșitului anului 2018. S-a luat în considerare salariul brut minim pe economie la nivelul anului 2018 (1.900 lei/lună), nu s-a luat în considerare creșterea tarifului orar la manoperă începând cu data de 01.01.2019 (listele au fost create în 2018)*".

Urmare a acestei clarificări emise de către autoritatea contractantă, contestatorul menționează că a decis participarea la procedură cu un tarif al manoperei de 12,5 lei/oră, considerând că în aplicarea prevederilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/21.12.2018, publicată în Monitorul Oficial nr. 32 din 11 ianuarie 2019, prețul contractului va fi actualizat odată cu semnarea contractului (art. 6 alin. (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/21.12.2018, în vigoare la data depunerii ofertelor).

La data de 04.06.2019, contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a solicitat să clarifice tariful de manoperă de 12,5 lei/oră, la care a răspuns că tariful manoperei practicat de societatea sa este superior celui luat în calcul de autoritatea contractantă (11,4 lei/oră), la momentul inițierii procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Cu toate acestea, contestatorul arată că autoritatea contractantă a declarat inacceptabilă oferta societății sale, pe motiv că *„ofertantul nu a respectat tariful minim orar valabil la data de 01.01.2019 respectiv 17,928 lei/oră*".

În opinia contestatorului, decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală având în vedere următoarele argumente:

În primul rând, contestatorul solicită Consiliului să observe că autoritatea contractantă este cea care a confirmat că tariful de manoperă aferent prezentei proceduri a fost cel din anul 2018.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă își întemeiază decizia pe prevederile caietului de sarcini, pct. 11 - Cuantumul cheltuielilor cu manopera vor respecta în mod obligatoriu prevederile legislației în vigoare privind salarizarea, preluate în mod automat în fișa de date a achiziției la Cap. IV4.2 Modul de prezentare a propunerii financiare.

Caietul de sarcini aferent acestei proceduri a fost aprobat la data de 27.12.2018, anterior emiterii OUG 114/2018 prin care a fost modificat salariul minim în construcții.

Referatul de necesitate, prin care a fost determinată valoarea estimată a procedurii pe baza devizului estimativ al proiectantului, a fost și

el aprobat la data de 27.12.2018, anterior emiterii OUG 114/2018 prin care a fost modificat salariul minim în construcții.

Astfel, raportându-se la data inițierii procedurii de atribuire în cauză, contestatorul consideră că oferta sa este acceptabilă, deoarece tariful de 12,5 lei/oră este superior celui de aproximativ 11,4 lei/oră aferent anului 2018.

În continuare, contestatorul arată că Instrucțiunea ANAP nr. 2/21.12.2018, în vigoare la data depunerii ofertelor, prevedea:

- Art. 6 alin. (1) *"…. prețul se va ajusta prin actualizarea elementelor de cost/preț care au suferit modificări, ori de câte ori se constată apariția unei situații imprevizibile, apărute oricând pe perioada derulării procedurii de atribuire și/sau pe perioada de îndeplinire a contractului..."*;
- Art. 6 alin. (2) "*Actualizarea prețului contractului de achiziție publică/sectorială va fi realizată odată cu semnarea contractului, dacă este cazul, și ori de câte ori se constată apariția unei situații imprevizibile, indiferent de durata de îndeplinire a contractului*";
- Art. 7 alin. (2) asimilează situațiile imprevizibile, care determină actualizarea prețului contractului:

"a*) modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile publice acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului,*

b) modificarea salariului minim aplicabil...".

- Art. 18 alin. (1): "*Prevederile prezentei instrucțiuni se aplică procedurilor de atribuire și contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică/sectorială aflate în derulare la data publicării prezentei instrucțiuni, indiferent de legea care le este aplicabilă, precum și procedurilor de atribuire și contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică/sectorială ce vor fi încheiate după intrarea acesteia în vigoare".*

Prin urmare, este neechivoc faptul că în măsura în care o procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică a fost inițiată anterior apariției unor modificări legislative privind salarizarea, aceasta va fi continuată având în vedere vechea reglementare, iar actualizarea tarifului de manoperă se va face la semnarea contractului.

De asemenea, contestatorul precizează că actualizarea tarifului de manoperă până la acoperirea creșterii salariului minim a fost menținută și prin Instrucțiunea ANAP nr. 1/2019 care a modificat Instrucțiunea nr. 2/2018.

Astfel, contestatorul menționează că a clarificat obligația autorității contractante de a actualiza tariful de manoperă în măsura în care procedura de atribuire a unui contract a fost inițiată înainte de modificarea acestui tarif.

În continuare, contestatorul arată că prezenta procedură a fost inițiată înainte de modificarea legislativă privind manopera.

Astfel, contestatorul arată că HG nr. 395/2016 prevede:

Art. 8 alin. (1) "*Atribuirea unui contract de achiziție publică/acord - cadru este rezultatul unui proces ce se derulează în mai multe etape*".

Art. 8 alin. (2) *"Autoritatea contractantă are obligația de a se documenta și de a parcurge pentru fiecare proces de achiziție publică trei etape distincte:*

a) *etapa de planificare/pregătire;*

b) *etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului/acordului - cadru;*

c) *etapa postatribuire contract/acord - cadru, respectiv executarea și monitorizarea implementării contractului/ acordului – cadru*".

Art. 9 alin. (1) *"Etapa de planificare/pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate și se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorității contractante/unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor - suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă*".

Art. 9 alin. (3) *"Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:*

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului - cadru, precum și orice alte elemente legate de obținerea de beneficii pentru autoritatea contractantă și/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administrației publice în care activează autoritatea contractantă".

În concluzie, contestatorul subliniază faptul că procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică începe cu etapa de planificare/pregătire, care cuprinde și determinarea valorii estimate a contractului, care în cazul speței de față s-a efectuat la data de 27.12.2018 (data referatului de necesitate și a caietului de sarcini).

Astfel, contestatorul învederează faptul că, în speța de față, toate documentele aferente procedurii de achiziție publică au fost întocmite și aprobate anterior datei de 01.01.2019 (data de la care s-a modificat tariful minim de manoperă), astfel că la această dată procedura era în derulare.

Drept urmare, coroborând prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2018 cu clarificarea nr. 1962/11.02.2019 și cu cele prezentate anterior, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă avea obligația de a considera acceptabilă o ofertă ce conținea un tarif al manoperei superior celui din anul 2018, o eventuală actualizare urmând a se realiza la data semnării contractului, respectând Instrucțiunile ANAP.

Presupunând prin absurd ca fiind corectă decizia autorității contractante, contestatorul solicită Consiliului să observe că în fapt aceasta își invocă propria culpă.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă este cea care a publicat în SEAP o procedură care nu respectă prevederile legislației în vigoare privind salarizarea, deoarece a confirmat că tariful de manoperă este cel aferent anului 2018.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a cunoscut acest aspect încă de la publicarea în SEAP a documentației de atribuire, este clar că și-a asumat prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2018 de actualizare a

prețului manoperei, în caz contrar ar însemna că impune agenților economici condiții care determină nerespectarea legii.

Contestatorul menționează că nu cunoaște exact care este situația bugetului alocat Județului ..... dar, având în vedere că prezenta procedură putea fi finalizată prin încheierea contractului de achiziție publică, consideră că anularea ei reprezintă o modalitatea prin care autoritatea contractantă evită angajarea cheltuielilor cu investițiile în acest an.

De asemenea, contestatorul menționează că acest lucru este extrem de îngrijorător în condițiile în care lipsa de investiții este din ce în ce mai accentuată și se pare că schimbările legislative conduc doar către creșterea consumului și către diminuarea investițiilor.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului să constate temeinicia contestației și să dispună:

- anularea raportului procedurii nr. 9315/25.06.2019 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicării nr. 9319/25.06.2019;
- obligarea autorității contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:
  - să reanalizeze oferta financiară a SC ..... SA prin raportare la clarificarea nr. 1962/11.02.2019, precum și la Instrucțiunea ANAP nr. 2/21.12.2018, publicată în Monitorul Oficial nr. 32 din 11 ianuarie 2019, în vigoare la data depunerii ofertelor;
  - să continue procedura considerând acceptabilă oferta depusă de SC ..... SA.

În temeiul art. 21 din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită depunerea concluziilor oral în fața Consiliului.

Prin adresa nr. 10247/09.07.2019 înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SA.

Autoritatea contractantă arată că în data de 25.06.2019, prin comunicarea nr. 9319, oferta societății ..... SA a fost declarată de către comisia de evaluare ca fiind inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, care prevăd „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite întermenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă” iar potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. d) din același act normativ „În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:...d) nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii, atunci când această cerință este formulată în condițiile art. 51 alin. (2) din Lege". Astfel comisia de evaluare a respins oferta societății ..... SA în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

La adoptarea deciziei, comisia de evaluare a avut în vedere și prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora:

"Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații. a) a încălcat obligațiile stabilite potrivit art. 51, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi decizii ale autorităților competente prin care se constată încălcarea acestor obligații".

Având în vedere criticile aduse de contestator și motivarea acestuia numai pe clarificarea nr. 1962/11.02.2019 postată pentru anunțul ... și pe Instrucțiunea ANAP nr. 2/21.12.2018, autoritatea contractantă opinează faptul că criticile expuse în contestație sunt nefondate având în vedere art. 7 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/21.12.2018 prin care este definită în mod expres "situația imprevizibilă", în prezenta speță nefiind aplicabil acest articol.

Mai mult, autoritatea contractantă menționează că aceste prevederi legale nu îl absolvă pe contestator de neîndeplinirea din oferta depusă a dispozițiilor legale privind condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii, în speță a prevederilor art. 71 alin. (1) din O.U.G nr. 114/2018 privind instituirea unor măsuri în domeniul investițiilor publice și a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, autoritatea contractantă precizează că societatea contestatoare a menționat în devizul general prețul manoperei în valoare de 12,5 lei și nu în cuantum de 17,928 lei cât este prevăzut în O.U.G nr. 114/2018.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de către SC ..... SA ca nefondată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "...", cod CPV 45221100-3. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut".

În procesul-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 2490/20.02.2019, s-a consemnat depunerea a două oferte.

În raportul procedurii nr. 9315/25.06.2019, s-a decis respingerea celor două oferte, printre care și a contestatorului, precum și anularea procedurii, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 9319/25.06.2019, SC ..... SA a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ....

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC ..... SA, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că motivul pentru care oferta SC ..... SA a fost respinsă a fost acela că nu a respectat tariful minim orar valabil la data de 01.01.2019 respectiv

17,928 lei/oră (în conformitate cu dispozițiile art.71 din OUG nr.114/2018), acesta prezentând în ofertă un tarif de 12,5 lei/oră.

Totodată, Consiliul reține că, în fișa de date a achiziției la Cap. IV4.2 Modul de prezentare a propunerii financiare, pct.11 și în caietului de sarcini pct. 11, autoritatea contractantă a precizat următoarele: *„Cuantumul cheltuielilor cu manopera vor respecta în mod obligatoriu prevederile legislației în vigoare privind salarizarea”*.

Este adevărat că aceeași autoritate contractantă, (cu toate că procedura a fost demarată în 22.01.2019) într-un răspuns la clarificări privind documentația de atribuire, (clarificarea nr. 1962/11.02.2019) a precizat următoarele: *„La întocmirea proiectului, pentru materiile prime și materiale s-au luat în considerare prețurile pieței aferente sfârșitului anului 2018. S-a luat în considerare salariul brut minim pe economie la nivelul anului 2018 (1.900 lei/lună), nu s-a luat în considerare creșterea tarifului orar la manoperă începând cu data de 01.01.2019 (listele au fost create în 2018).*

În opinia Consiliului, chiar dacă răspunsul autorității contractante a fost eronat, inducând ideea respectării salariului minim aferent anului 2018, operatorii economici aveau obligația de a respecta dispozițiile legale în vigoare privind salarizarea, respectiv salariu minim de 3000 de lei și un tarif de 17,928/oră.

Prin urmare, decizia de a respinge o ofertă pentru nerespectarea legislației privind salarizarea este o decizie legală. Pe de altă parte însă, în opinia Consiliului, consecința anulării procedurii rezidă din conduita autorității contractante care nu a avut ea însăși în vedere prevederile legislației în vigoare privind salarizarea (așa cum rezultă din răspunsul la clarificări nr.1962/11.02.2019), în condițiile în care a demarat procedura ulterior intrării în vigoare a OUG nr.114/2018, data publicării în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ....

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la Instrucțiunea ANAP nr. 2/21.12.2018, modificată prin Instrucțiunea ANAP nr. 1/2019, Consiliul le apreciază ca fiind neaplicabile în speță, având în vedere dispozițiile art.3 din cuprinsul acesteia, potrivit cărora *„Actualizarea preţului contractului de achiziţie publică/sectorială se bazează pe prevederile art. 221 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 240 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, prin realizarea unei modificări nesubstanţiale a contractului, respectiv:*

a) modificarea introduce condiţii care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire iniţială, nu ar fi condus la selecţia altor candidaţi decât cei selectaţi iniţial sau acceptarea unei alte oferte decât cea acceptată iniţial sau nu ar fi atras şi alţi participanţi la procedura de atribuire;

b) modificarea nu schimbă echilibrul economic al contractului de achiziţie publică/sectorială în favoarea contractantului”.

Ori, în speță, din moment ce autoritatea contractantă nu a avut în vedere, la stabilirea valorii estimate, salariul minim și tariful minim orar valabil la data de 01.01.2019, există posibilitatea ca numărul operatorilor economici interesați să participe la procedură să fi fost mai mare, cu consecința acceptării unei alte oferte decât cea a ofertantului contestator.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SA și va menține decizia de anulare a procedurii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SA în contradictoriu cu ..... şi menține decizia de anulare a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
…… …… ……

...