

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1108/C3/1067

Data: 27.05.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22872/05.05.2022, înaintată de SC SRL, lider al asocierii SC SRL - SRL, cu sediul în, str. Libertății nr. 220, et. 1, camera 111, 16 mp în cadrul Hotel Parc, județul, înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de și, formulată împotriva rezultatului procedurii proprii organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în, str. Sfânta Ecaterina nr. 3, ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect Servicii de pază și protecție prestate în cadrul obiectivelor Administrației Spitalelor și Serviciilor Medicale, inițiată cu anunțul de publicitate nr. 10552/12.04.2022, s-a solicitat anularea "raportului procedurii nr. 11636/27.04.2022", în partea ce privește decizia autorității contractante de a declara admisibilă oferta depusă de către SRL, anularea actelor anterioare și subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei amintite.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22872/05.05.2022, SC SRL atacă rezultatul procedurii mai sus menționate, organizată de, considerând că oferta depusă de SRL, eronat a fost declarată admisibilă, de către autoritatea contractantă, deoarece, având în vedere că tariful de pornire ofertat (15,239 lei/oră) a fost calculat fără a include toate obligațiile minime legale stabilite în sarcina oricărui angajator, de Codul muncii.

Precizează contestatoarea că a depus o ofertă conformă și admisibilă, dar, prin *evaluarea subiectivă efectuată de comisia de evaluare*, oferta s-a clasat pe locul 2, iar modul în care s-a efectuat evaluarea i-a creat mari prejudicii, motiv pentru care consideră că justifică un interes legitim în a formula contestație.

Apreciază contestatoarea că tariful de 15,46 lei/oră, fără TVA, oferat de către SRL, nu poate fi considerat unul legal, având în vedere următoarele aspecte:

- numărul total agenți de pază necesari pentru asigurarea celor 6 posturi pază permanent este de 26,35 agenți;
- salariul de bază pentru 167,333 ore (medie orară, conform HG nr. 1071/2021) - 2550 lei/lună/agent, adică 15,239 lei/oră;
- spor ore de noapte - 25%;
- spor de weekend - minim 0,5%;
- spor ore suplimentare - în cazul în care au fost cuprinși suficienți agenți, și anume 4,39 agenți/post, nu se plătește un asemenea spor;
- spor sărbători legale - 100%;
- concediu de odihnă conform art. 150 Codul muncii;
- fond de handicap - 4%;
- contribuția asiguratorie pentru muncă;
- cheltuieli directe/indirecte;
- profit.

Având în vedere tariful de pornire, și anume 15,239 lei/oră, fără a include toate obligațiile minime și imperative, stabilite în sarcina oricărui angajator, de Codul muncii și de legislația în vigoare în domeniul salarizării, respectiv, tariful din oferta câștigătoare, de 15,46 lei/oră, putea fi justificat doar prin folosirea unor convenții încheiate cu A.J.O.F.M.

Precizează contestatoarea că i-a fost restricționat accesul la documentele procedurii, motiv pentru care solicită Consiliului să verifice dacă oferta declarată câștigătoare a respectat toate prevederile Codului muncii. În cazul în care a folosit convenții pentru diminuarea ofertei, trebuie să se verifice dacă au fost folosite următoarele convenții, având în vedere faptul că același ofertant a câștigat multiple proceduri de achiziție publică, folosind aceleași convenții încheiate cu A.J.O.F.M., după cum urmează:

- convențiile nr. 61/26.10.2021, nr. 45/19.10.2021 și nr. 36/15.10.2021, nr. 33/15.10.2021 (astfel cum reiese din Decizia CNSC nr. 163/C2/3399 din 21.01.2022 - pagina 5) unde sunt menționate convențiile utilizate în diminuarea ofertei prezentate în cadrul procedurii organizate de către Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice
- convențiile nr. 145/01.09.2021, nr. 102/04.11.2021 și nr. 206/10.12.202;

- convenția nr. 102/04.11.2021, utilizată în procedura de achiziție publică derulată conform anunțului nr. SCN1097699/23.11.2021, în diminuarea ofertei prezentate în cadrul procedurii organizate de către Grădina Zoologică, dar și în cadrul procedurii organizate de către Universitatea Națională de Muzică, conform Deciziei CNSC nr. 806/C9/714 din 14.04.2022, ce se regăsește specificată la pagina 9 a deciziei;

- convenția nr. 145/01.09.2021 și convenția nr. 206/10.12.2021, conform Deciziei CNSC nr. 806/C9/714/14.04.2022, ce se regăsesc specificate la pagina 9, unde sunt arătate convențiile utilizate în diminuarea ofertei în cadrul procedurii organizate de către Universitatea Națională de Muzică;

- convențiile nr. 166/26.11.2021, nr. 168/26.11.2021, nr. 172/26.11.2021, nr. 189/08.12.2021 și nr. 194/08.12.2021, așa cum reiese din Decizia CNSC nr. 652/C7/437 din 25.03.2022, ce se regăsesc specificate la pagina 11, unde sunt menționate convențiile utilizate în diminuarea ofertei în cadrul procedurii organizate de către Poșta Română SA.

Mai precizează contestatoarea că SRL a câștigat și procedura de achiziție publică organizată de către Spitalul Colțea, în care a fost formulată o contestație ce face obiectul dosarului CNSC nr. 1034/C4/2022 și solicită Consiliului să verifice și acest dosar, pentru a vedea dacă aceasta a folosit aceleași convenții pentru diminuarea prețului, precum și în cadrul procedurii curente.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă trebuie să clarifice modalitatea de calcul al prețului ofertat și dacă acest ofertant este implicat și în alte contracte adjudecate în favoarea sa, de către alte autorități contractante, să aibă în vedere faptul că o societate comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un singur ajutor/subvenție.

Aceste convenții, prin care statul oferă anumite facilități fiscale, nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare pentru mai multe contracte, ofertanții neputând folosi convențiile pe care le încheie cu A.J.O.F.M. în toate procedurile de atribuire la care participă, în justificarea unor preturi neobișnuit de scăzute .

Conform art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016: *În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: lit. d) propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice*, motiv pentru care autoritatea contractantă trebuia să declare neconformă oferta depusă de către SRL.

Mai consideră contestatoarea că autoritatea contractantă nu poate accepta ofertarea unor tarife 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 depunerii ofertelor, erau sau trebuiau cunoscute de operatorii economici.

Prin urmare, justificarea prețului ofertat înseamnă, în opinia contestatoarei, prezentarea de elemente concrete de formare a prețului și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final verificarea corectitudinii prețului ofertat.

Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete și actuale de formare a prețului și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final, verificarea corectitudinii prețului ofertat. În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile solicitate sau răspunsurile pe care le prezintă nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețurilor sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă, în temeiul art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În replică, în contradictoriu cu SC SRL, autoritatea contractantă a transmis (prin e-mail) punct de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca neîntemeiată, cu consecința menținerii adresei privind comunicarea rezultatului procedurii, nr. 11636/27.04.2022.

Învederează autoritatea contractantă că, analizând contestația formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SRL, cu privire la respectarea termenului de înaintare a ei către C.N.S.C. și către autoritatea contractantă, cât și sub aspectul conținutului său, solicită Consiliului să o respingă.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă neconstituirea cauțiunii în termenul prevăzut de lege. Autoritatea contractantă își motivează excepția susținând că, *având în vedere ca SC SRL a înregistrat contestația la CNSC în data de 05.05.2022, rezultă în mod evident faptul că, contestatorul a încălcat dispozițiile legale imperative referitoare la constituirea cauțiunii.*

Totodată, autoritatea contractantă precizează, *în cazul în care, în termenul prevăzut de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, contestatoarea își îndeplinește obligația de constituire a cauțiunii, înțelegem să renunțăm la invocarea excepției.*

Autoritatea contractantă invocă și excepția tardivității contestației, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, rezultatul procedurii nr. 11636/27.04.2022, fiind transmis prin poșta electronică la data de 27.04.2022.

Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, precizează autoritatea contractantă, societatea

contestatoare a luat la cunoștință de actul a cărei anulare o solicită, respectiv adresa prin care i-a fost comunicat rezultatul procedurii, la data de 27.04.2016, iar contestația a fost depusă în data de 05.05.2022.

Având în vedere valoarea estimată a contractului de achiziție publică, ce urmează a fi atribuit, în opinia autorității contractante, data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației, potrivit art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, este data de 04.05.2021.

Pentru aceste motive autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca *tardiv introdusă*.

Referitor la critica formulată de contestatoare împotriva rezultatului procedurii, prin care oferta sa a fost clasată pe locul 2, cu un preț de 604.346, 40 lei, fără TVA, autoritatea contractantă o apreciază drept netemeinică, motivat de faptul că a făcut o verificare efectivă a propunerilor financiare ale ofertanților, prin comisia de evaluare.

În vederea respectării prevederilor legale și a aplicării tratamentului egal față de toți ofertanții, comisia de evaluare a continuat procedura de atribuire a contractului începând cu procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile anunțului de participare și cu factorii de evaluare, realizând, în acest fel, o evaluare unitară a tuturor ofertelor admisibile.

Propunerile tehnice au fost evaluate de comisia de evaluare în raport de cerințele minime din caietul de sarcini pe baza informațiilor prezentate în propunerea tehnică iar rezultatul evaluării se regăsește în raportul procedurii nr. 11480/21.04.2022.

Atribuirea contractului s-a făcut în baza criteriului "prețul cel mai scăzut" și la procedură au participat 8 operatori economici de specialitate.

Ofertanta câștigătoare a depus copiile convențiilor încheiate cu A.J.O.F.M. privind angajarea unor persoane cu vârsta de peste 45 de ani.

Comisia de evaluare a verificat dacă acești participanți au depus toate documentele doveditoare ale acestor facilități fiscale, conform art. 85 din Legea nr. 76/2002 și ale OG nr. 60/2018, respectiv convenția încheiată cu A.J.O.F.M. de la sediul participantului pentru demonstrarea că subvențiile propuse mai sunt în plată. Actul normativ nu prevede, în mod expres, că sumele reprezentând subvențiile în baza Legii nr. 76/2002 nu pot fi folosite decât în contractele în care sunt folosiți angajații în considerarea cărora s-au perfectat convențiile.

Comisia de evaluare, întrunită în data de 20.04.2022, a examinat ofertele financiare și tehnice primite, a verificat conținutul lor și a desemnat câștigătoare oferta depusă de către SRL.

În opinia autorității contractante, pentru ca susținerea contestatoarei să fie considerată întemeiată, este necesară o dovadă în sensul că aceleași persoane au fost indicate și în procedura la care face referire.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte acte normative amintite în cuprinsul punctului de vedere.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat o procedură proprie, în vederea atribuirii contractului având ca obiect Servicii de pază și protecție prestate în cadrul obiectivelor Administrației Spitalelor și Serviciilor Medicale, cu anunțul de publicitate nr. 10552 din 12.04.2022.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a declara admisibilă, conformă și câștigătoare oferta depusă de SRL a înaintat contestația de față, solicitând anularea "raportului procedurii nr. 11636/27.04.2022", în partea ce privește decizia arătată, anularea actelor anterioare și subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SRL.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SC SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208038067/1, în valoare de 15.311,52 lei, CEC Bank – SUCURSALA VICTORIA, la data de 06.05.2022. În consecință, Consiliul ia act și de renunțarea autorității contractante, evocată în precedent, în privința excepției de neconstituire a cauțiunii.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a invocat și excepția de tardivitate a contestației, Consiliul face analiza ei cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și constată că este lipsită de temei.

Termenul la care se raportează autoarea excepției este cel pe care l-a avut în vedere și contestatoarea, ultima zi a acestuia fiind 04.05.2022. Or, contestația a fost comunicată, atât Consiliului cât și autorității contractante, prin poșta electronică (e-mail) la data de 04.05.2022, în condițiile impuse la art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Este irelevant, sub acest aspect, faptul că înregistrarea contestației s-a asigurat a doua zi, adică la 05.05.2022. Termenul de contestare, calculat conform prevederilor art. 5 din Legea nr. 101/2016, a fost respectat, iar excepția de tardivitate va fi respinsă de Consiliu, ca atare.

Cât privește solicitarea de acces la dosarul cauzei, cu eventuala detaliere a motivelor de contestare, dar și opoziția autorității contractante la aceste cereri, Consiliul constată că, în afara valorificării dreptului de acces la informații, contestatoarea nu a uzat de posibilitatea de a prezenta noi motive de contestare sau de "repunere în termen". Astfel fiind, opinia contradictorie a acestora are caracter pur teoretic, fără interes în cauză.

La analiza pe fond a disputei, Consiliul constată că, în fapt, contestația vizează modul de evaluare a propunerii financiare din cadrul ofertei desemnate câștigătoare, în sensul că autoritatea contractantă nu a verificat complet modul de stabilire a prețului unitar (costul orar al serviciilor de pază), care, aparent nu este rezultatul liberei concurențe.

Raportul procedurii nr. 11480 din 21.04.2022 și adresa de comunicare a rezultatului, subsecventă lui, nr. 11636/27.04.2022, cuprind numele ofertei desemnate câștigătoare și tariful propus.

Întrucât contestatoarea consideră că, pornind de la costurile majoritare din conținutul tarifului impuse de asigurarea salariilor personalului de pază, prin aplicarea nivelului minim al salariului garantat în plată (15,239 lei/oră), un preț al serviciilor de 15,46 lei/oră (conform ofertei câștigătoare) nu poate fi real decât prin diminuarea lui pe baza unor subvenții asigurate prin convenții cu ANOFM. Alternativ acestei posibilități legale, contestatoarea consideră că acceptarea unui tarif atât de scăzut nu s-ar putea face decât prin ignorarea obligațiilor rezultând din legislația muncii, în materie de salarizare.

Consiliul constată că oferta câștigătoare cuprinde o descriere a modului de calcul al costurilor componente tarifului orar, componente care sunt regăsite în calculul estimativ realizat și de contestatoare.

Prin aplicarea tuturor sporurilor și cotelor aferente salariului orar de 15,24 lei, oferta desemnată câștigătoare a indicat un salariu real orar la nivelul a 19,58 lei, la care se adaugă cheltuieli directe și indirecte de 0,13 lei (cheltuieli de dotare, pregătire, diverse, profit), adică un cost total de 19,71 lei/oră.

Totuși, acest tarif a fost diminuat, pentru a se oferta la nivelul a 15,46 lei/oră, pe baza unor valori care ar rezulta din mai multe convenții încheiate de SRL cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă a Municipiului (nr. 98/03.11.2021; nr. 172/26.11.2021; nr. 384/29.12.2021 și nr. 10/03.03.2022).

Conform celor declarate de ofertantul câștigător, din totalul sumei care ar fi prețul real al ofertei, fiind scăzute sumele obținute din amintitele convenții (la nivelul a 223.380 lei), se poate determina costul final al ofertei.

Din toate aceste calcule, precum și din documentele cuprinse în ofertă, nu rezultă modalitatea în care s-a stabilit suma de diminuare a valorii reale a ofertei.

Nu există (în ofertă) dovezi ale deținerii efective a sumelor ce ar proveni din convențiile invocate, respectiv a predictibilității obținerii lor pe durata viitorului contract de achiziție publică, ce ar putea fi afectate doar derulării acestuia, și nu sunt probe nici că autoritatea contractantă ar fi analizat acest aspect. Nici în legătură cu implicarea personalului de pază pentru care se obține subvenția, nu există dovezi ale analizării, de către autoritatea contractantă, a posibilității efective de intervenire a diminuării prețului în cauză, pe durata viitorului contract.

Deși posibilitatea de diminuare a valorii de ofertare, prin utilizarea sumelor rezultând din subvenții este permisă de legislația în domeniu, nu se poate accepta doar o explicație cu caracter pur teoretic, ca justificare în utilizarea unor prețuri neobișnuit de scăzute sau care nu sunt, aparent, rezultatul liberei concurențe.

Autoritatea contractantă a impus, prin documentația de atribuire, ca ofertanții să precizeze, la momentul întocmirii propunerilor financiare, toate costurile componente ale prețului, ceea ce se înțelege că trebuie, corelativ acestei obligații, să asigure și verificarea sustenabilității lor.

Or, din dosarul achiziției publice sau din punctul de vedere la contestație, nu rezultă că autoritatea contractantă a și verificat sustenabilitatea costurilor/prețurilor arătate, ci doar s-a limitat a compara prețurile ofertelor, aplicând asupra acestora criteriul de atribuire, pentru stricta lor departajare aritmetică.

Or, acceptarea ofertelor sau respingerea lor trebuie să se bazeze pe o analiză completă și corectă, nu doar a ansamblului angajamentelor asumate de autorii lor, ci prin corelarea informațiilor din cuprinsul acestora și prin raportarea lor la prevederile legale incidente.

În cauză, procedura de atribuire fiind călăuzită de principiile din domeniu, conform prevederilor art. 11 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă era ținută să verifice corectitudinea (implicit, legalitatea) angajamentelor ofertanților, aplicând reguli de transparență, egalitate și proporționalitate în mod corelativ.

Deși se confirmă că, cel puțin, una dintre convențiile indicate de contestatoare ca fiind deja utilizată în altă procedură de atribuire, de același ofertant, pentru a justifica diminuarea tarifului orar, este prezentată și în prezenta procedură, Consiliul consideră că acest aspect nu este relevant în mod individual, ci prin corelare cu alte informații/documente sau calcule pe care autoritatea contractantă trebuia să le solicite. Necunoscându-se modul sau proporția de utilizare a sumelor din convențiile arătate, implicit, a persoanelor care atrag aceste sume (dacă aceiași agenți sunt declarați ca făcând parte din sistemul de pază al altui obiectiv), nu se poate stabili realitatea/certitudinea intervenirii acelei diminuări de tarif.

Totodată, având în vedere și explicitarea asigurată de ofertantul în cauză, privitor la cheltuielile directe și la cheltuielile indirecte, Consiliul constată că se impunea, cel puțin, solicitarea de informații de clarificare și/sau justificare/dovedire a lipsei costurilor cu dotarea agenților, precum și cu privire la costurile diverse de 180 lei/post (confirmare/infirmare a valorii de 0,02 lei/lună/post sau pe oră, explicațiile din tabel și cele din prezentarea analitică fiind raportate la unități diferite de măsură).

Pentru aceste motive, întrucât autoritatea contractantă nu a asigurat o analiză completă a ofertei desemnate câștigătoare, sub aspectul tarifului scăzut conținut de aceasta, stabilirea rezultatului procedurii este contrară principiilor din domeniu, iar Consiliul va admite contestația și va anula

decizia de stabilire a ofertei câștigătoare (cuprinsă în raportul procedurii nr. 11480 din 21.04.2022), va obliga autoritatea contractantă la continuarea procesului de evaluare a ei în 15 zile și la emiterea unui nou rezultat, conform celor sus statuate.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția de tardivitate a contestației SC SRL, formulată de autoritatea contractantă, ca nefondată.

Ia act de renunțarea la excepția privind lipsa cauțiunii aferente contestației.

Admite contestația și dispune anularea deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare din cuprinsul raportului procedurii nr. 11480/21.04.2022.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de evaluare a ofertei amintite în 15 zile și la emiterea unui nou rezultat, conform motivării ce precede.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 exemplare, conține 9 pagini.