

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. 2092 / C9 / 2331

Data: 21.09.2021

Prin contestația nr. 3317/02.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46381/03.09.2021, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată legal de, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, emis în cadrul procedurii proprii, organizată de SA, prin cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect Asigurarea pazei obiectivelor, bunurilor și valorilor la DRDP și Laboratorul Central, SDN 1 - 7: Lot 1 - SDN; Lot 2 - SDN; Lot 3 - SDN; Lot 4 - SDN; Lot 5 - SDN; Lot 6 - SDN; Lot 7 - SDN; Lot 8 - DRDP, cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev. 2), contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresele nr. 4D/215558/ 26.08.2021 (Lot 1), nr. 4D/215562/26.08.2021 (Lot 2), nr. 4D/215565/ 26.08.2021 (Lot 3), nr. 4D/215569/26.08.2021 (Lot 4), nr. 4D/215573/ 26.08.2021 (Lot 5), nr. 4D/215577/26.08.2021 (Lot 6), nr. 4D/215581/ 26.08.2021 (Lot 7) și nr. 4D/215586/26.08.2021 (Lot 8), a proceselor-verbale intermediare de evaluare, a raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente acestora, ca netemeinice și nelegale, reevaluarea ofertei sale pentru loturile 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 și 8, în conformitate cu legislația în vigoare și a ofertei câștigătoare pentru aceste loturi, respectiv cea a asocierii SRL- SRL în conformitate cu legislația în vigoare, precum și admiterea cererii privind studierea dosarului.

..... SRL, lider al asocierii SRL- SRL, cu sediul în, ..., având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată legal de administrator Dumitru Sorin Costel, a formulat cererea de intervenție în interesul autorității contractante, pentru loturile 1-8, înregistrată la Consiliu cu nr./13.09.2021, prin care a solicitat respingerea

contestației formulată de SC SRL, pentru loturile 1-8, ca neîntemeiată/nelegală/ netemeinică.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

**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 critică rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând următoarele:

În data de 26.08.2021 autoritatea contractantă i-a comunicat adresele nr. 4D/215558/26.08.2021 (Lot 1), nr. 4D/215562/26.08.2021 (Lot 2), nr. 4D/215565/26.08.2021 (Lot 3), nr. 4D/215569/26.08.2021 (Lot 4), nr. 4D/215573/26.08.2021 (Lot 5), nr. 4D/215577/26.08.2021 (Lot 6), nr. 4D/215581/26.08.2021 (Lot 7) și nr. 4D/215586/26.08.2021 (Lot 8) prin care i s-a adus la cunoștință faptul că oferta sa depusă pentru loturilor 1-8 a fost considerată inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) HG nr. 395/2016, deoarece răspunsurile furnizate la solicitările de clarificări au fost neconcludente și neconforme, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. d) din același act normativ, întrucât propunerile financiare constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice, ofertele fiind respinse în baza dispozițiilor art. 137 alin. (1), astfel cum menționează autoritatea în adresele sus menționate.

Astfel, consideră decizia autorității contractante de a respinge oferta sa netemeinică și nelegală.

Susține că, în urma solicitărilor de clarificări, a precizat următoarele:

1. Cu privire la valoarea aferentă concediului de odihnă, a făcut aplicabilitatea prevederilor HG nr. 257/2011 (Anexa 15): „Sunt sporuri cu caracter permanent, în conformitate cu prevederile Legii nr. 49/1992 ... - alte sporuri cu caracter permanent prevăzute de legislația specifică fiecărui domeniu de activitate sau prevăzute în contractele colective și individuale de muncă.”

Acordarea sporului de noapte, cât și a sporului de weekend este prevăzută în contractul colectiv de muncă art. 16 și 24, aceasta fiind cuprinsă în calculul indemnizației de concediu de odihnă.

Astfel, în valoarea aferentă concediului de odihnă, a inclus atât sporul de noapte, cât și sporul de weekend.

Includerea acestei sume în calcul indemnizației de concediu de odihnă, reprezintă un drept acordat salariatului, raportat la specificul

activității, drept stipulat în contractul colectiv de muncă, drept care nu afectează în niciun fel executarea contractului de achiziție, prețul ofertat în mod corect incluzând și aceste cheltuieli.

2. Cu privire la justificarea sporului aferent sărbătorilor legale, a luat în calculul acestui spor un quantum de 25 ore (poz. 16 calcul tarif orar/agent de pază) $15 \times 25 \times 13,583/12/730$ raportându-se la faptul că, pentru sporul de noapte, a făcut aplicarea prevederilor art. 126 lit. a) din Legea nr. 53/2003.

Salariații de noapte beneficiază 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”.

Astfel, a inclus în tariful ofertat cheltuielile privind sporul pentru sărbători legale raportându-se inclusiv la ora liberă acordată (în total 25 de ore) potrivit 126 lit. a) din Legea nr. 53/2003, oră care reprezintă drepturi salariale și care se achită angajaților care au programul de lucru redus cu o oră, prin urmare, sunt respectate prevederile art. 142 alin. (2) din Codul muncii (Legea nr. 53/2003).

Petenta arată că autoritatea contractantă a apreciat că „Dacă tariful se raportează la un număr de 25 de ore și nu la un număr de 24 de ore, atunci acest tarif este aferent unui număr total de 9125 ore/post (calculat la 25 de ore x 365 zile) ceea ce nu corespunde cu numărul de ore solicitat a fi prestate în cadrul unui post permanent, ce este 8760 ore/post (calculat ca 24 ore x 365 zile), justificarea tarifului fiind neconcludentă”, fiind total eronat, deoarece SC SRL a avut în vedere 25 de ore numai la calculul cheltuielilor aferente sporului de sărbători legale ($15 \times 25 \times 13,583$), raportate în calculul tarifului unitar făcându-se la 8760 ore/post/an (12 luni/an x 730 ore/post/lună).

În consecință, contestatoarea consideră că formula prezentată pentru calculul sporului aferent sărbătorilor legale $15 \times 25 \times 13,583/12/730$, se raportează la 8760 ore/post/an, și nu la 9125 ore/post/an, cum a reținut autoritatea contractantă în motivare.

Astfel, precizează că, în oferta de preț, în mod corect, a inclus toate cheltuielile ocazionate cu privire la remunerarea personalului ce urmează să execute contractul de achiziție, în conformitate cu dispozițiile prevăzute în contractul colectiv de muncă, respectiv Legea nr. 53/2003.

În dovedirea celor sus menționate, SC SRL a înaintat comisiei de evaluare, împreună cu răspunsul la clarificări extras din contractul colectiv de muncă al său înregistrat la ITM sub nr. 2105/CCMMRM/25.02.2021.

În mod greșit, autoritatea contractantă a apreciat răspunsurile la clarificări neconcludente, justificarea de tarif respectă legislația în vigoare, considerând că în mod corect a inclus în tariful ofertat cheltuielile privind sporul pentru sărbători legale raportându-ne inclusiv

la ora liberă acordată (total 25 de ore) potrivit art. 126 lit. a) din Legea nr. 53/2003, oră care reprezintă drepturi salariale și care se achită angajaților care au programul de lucru redus cu o oră.

De asemenea, consideră greșită aprecierea autorității contractante că, deși aplică prevederile art. 126 lit. a) din Codul muncii (program de lucru redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă) oră liberă plătită și care nu este efectiv prestată, nu se impun a fi aplicabile prevederile art. 142 alin. (2), această oră liberă reprezentând drepturi salariale care se achită angajaților fiind obligatorii aplicabile prevederile art. 142 alin. (2) din Codul muncii.

Contestatoarea susține că, în cazul în care nu ar fi acordat aceste drepturi salariale ar fi însemnat să eludeze de la aplicare prevederile art. 126 lit. a), respectiv art. 142 din Codul muncii.

În mod greșit comisia de evaluare a apreciat că sporul de noapte și sporul de weekend prevăzute de Legea nr. 53/2003 nu se aplică specificului serviciilor de pază și solicită Consiliului să observe faptul că Legea nr. 53/2003 reprezintă o reglementare cu caracter general, aplicându-se potrivit specificului fiecărei activități de muncă, în cazul de față specificului activităților de pază. Prin urmare, având în vedere faptul că prestarea acestor servicii se realizează 24/24 ore, 7/7 zile, este lesne de înțeles că sporurile de noapte și sporurile din weekend sunt acordate permanent.

Comisia de evaluare nu a avut în vedere faptul că aceste sporuri sunt acordate, cu titlu permanent, fiind menționate în contractul colectiv de muncă, astfel cum a fost adus la cunoștința autorității contractante prin răspunsul la clarificări.

De asemenea, tot în mod greșit, comisia de evaluare a apreciat că prevederile art. 150 alin. (1) din Codul muncii nu pot fi substituite de contractul de muncă, cu toate că prevederile HG nr. 257/2011 (Anexa 15), invocate de altfel și de autoritatea contractantă, în care se menționează: „Sunt sporuri cu caracter permanent, în conformitate cu prevederile Legii nr. 49/1992 ... - alte sporuri cu caracter permanent prevăzute de legislația specifică fiecărui domeniu de activitate sau prevăzute în contractele colective și individuale de muncă.”

Prin urmare, având în vedere menționarea acestor sporuri în contractul colectiv de muncă, prevederile art. 150 alin. (1) din Codul muncii sunt pe deplin aplicate.

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 cuvenite pentru perioada respectivă, prevăzute în contractul individual de muncă.

Atâta timp cât sporurile sus menționate au fost stabilite prin negociere în contractul colectiv de muncă în mod legal sunt acordate salariatului fiind luate în calculul indemnizației de concediu de odihnă.

Chiar Contractul colectiv de muncă stipulează (art. 40) faptul că în calculul indemnizației de concediu de odihnă sunt incluse și aceste sporuri.

În concluzie, consideră că autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei sale pentru loturile 1-7, datorită faptului că achită salariaților indemnizația pentru concediu de odihnă luând în considerare munca prestată în conformitate cu specificul de activitate al său, servicii de pază prestate 24/24 ore, 7/7 zile.

Astfel, în mod greșit, comisia de evaluare a apreciat ca fiind aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 - răspuns neconcludent, atâta timp cât, din răspunsurile la clarificări, respectiv a înscrisurilor anexate acestora a reieșit că acordă salariaților sporurile prevăzute de contractul colectiv de muncă.

De asemenea, tot în mod greșit, comisia de evaluare a apreciat a fi incidente prevederile art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016, deoarece propunerea sa financiară pentru cele 7 loturi nu poate fi considerată necorelată cu cerințele caietului de sarcini, neexistând niciun fel de element care să conducă la aprecierea că oferta depusă reprezintă o abatere la legislația incidentă.

În consecință, respingerea ofertei sale este vădit nelegală, sens în care invocă interpretarea dată de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) cu privire la aplicarea principiului proporționalității, respectiv „impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite” (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, Național Farmers' Union și alții, C 157/96, Rec., p. 1 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV).

Un alt aspect criticat de contestatoare îl reprezintă faptul că decizia autorității contractante de a declara câștigătoare ofertele înaintate de asocieria SRL- SRL (lot 1-8) este netemeinică și nelegală.

Propunerea financiară a acestui agent economic, având în vedere tariful ofertat, conține prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate.

În tariful orar ofertat nu se regăsesc costurile reale pentru: sporurile prevăzute de Codul muncii; costurile echipamentelor de serviciu; costurile privind dotarea posturilor; costurile privind comunicarea; costurile privind echipajele de intervenție; examenele medicale periodice (conform HG nr. 315/2007, Anexa 1, pct. 2, lit. c); cheltuieli privind cazarea/detașarea/ delegarea agenților care nu au domiciliul în județele în care se prestează serviciile.

Comisia de evaluare trebuia să dispună efectuarea de verificări inclusiv din punct de vedere financiar, privind aspectele învederate mai sus.

Nu au fost efectuate verificări ale modului de stabilire a prețului, astfel cum a prezentat mai sus, inclusiv sub aspectul cuprinderii în cadrul acestuia a tuturor costurilor referitoare la prestarea serviciilor în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și ale legislației aplicabile, fiind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a), c), d) și g) din HG nr. 395/2016, astfel că trebuia constatată neconformitatea ofertei asocierii SRL- SRL.

Prin acceptarea unui astfel de preț nejustificat sunt încălcate principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv principiul nediscriminării, al tratamentului egal, recunoașterii reciproce, transparenței și proporționalității.

În susținerea sa că oferta depusă de asocieria SRL- SRL prezintă prețuri nerealiste, imposibil de justificat, prezintă modul de calcul al unor elemente componente ale tarifului orar.

Potrivit rapoartelor procedurii, asocieria SRL- SRL a ofertat următoarele tarife orare (calculate de SC SRL prin raportarea valorii ofertate la numărul orelor solicitate):

- Lotul 1 - 16,74 lei/oră
- Lotul 2 - 16,67 lei/oră
- Lotul 3 - 16,73 Iei/oră
- Lotul 4 - 16,71 lei/oră
- Lotul 5 - 16,71 lei/oră
- Lotul 6 - 16,73 lei/oră
- Lotul 7 - 16,70 lei/oră
- Lotul 8 - 16,43 lei/oră

Este evident că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a făcut nicio verificare a ofertei financiare depusă de acest ofertant.

În susținerea faptului că oferta acestei asocieri (Lot 1-8) prezintă prețuri nerealiste, imposibil de justificat, precizează că sumele luate în calcul pentru cheltuieli generale sunt insuficiente pentru executarea contractului în condițiile tehnice asumate, cum ar fi:

- conform art. 40 din Legea nr. 333/2003 - uniforma de lucru - dotare standard;
- conform art. 43 din Legea nr. 333/2003 și 52 alin. (1) din HG nr. 301/2012- Echipamente de lucru: spray, baston, lanternă, fluier, registre de pază;
- telefonie mobilă conform 52 alin. (1) din HG nr. 301/2012;
- medicina muncii - examenul medical periodic se efectuează anual, intervalul dintre două verificări medicale periodice neputând depăși 12 luni (pct. 2, lit. c, Anexa 1 din HG nr. 315/2007);
- cheltuieli cu transportul, cazare personal.

Comisia de evaluare avea obligația de a verifica dacă sumele alocate de ofertant pentru cheltuieli directe și indirecte sunt suficiente pentru executarea viitorului acord-cadru în condițiile solicitate prin caietul de sarcini, precum și pentru respectarea legislației în vigoare, astfel cum au fost precizate anterior, la care se adaugă cheltuieli privind cazarea/ detașarea/delegarea agenților având în vedere că agenții propuși pentru executarea contractului nu au domiciliul în județele în care urmează a se presta serviciile, precum și alte cheltuieli indirecte (TESA, asigurări ș.a.)

Oferta având caracter ferm, în prestarea serviciilor, ofertantul trebuie să execute serviciile în condițiile ofertate, respectiv cu persoanele nominalizate în propunerea tehnică.

Principiile egalității de tratament și al nediscriminării (art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016) sunt esențiale în cadrul derulării unei proceduri de achiziție, aceste principii impunând ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în ofertare și ofertele acestora să fie supuse acelorași exigențe pentru toți ofertanții.

Autoritatea contractantă a încălcat astfel principiile sus menționate, cât și prevederile art. 137 alin. (1) și (3) lit. a), c) din HG nr. 395/2016 și art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016.

Atâta timp cât nu rezultă cu certitudine că prețul ofertat de agentul economic situat pe locul I (Lot 1-8) include plata tuturor cheltuielilor minime impuse de lege, comisiei de evaluare îi revenea obligația verificării acestor aspecte, raportat atât la riscul neexecutării contractului, cât și la posibila încălcare a tratamentului nediscriminatoriu, respectiv egal între ofertanți, în același sens statuând și Curtea de Apel Bacău prin Decizia nr. 1025/21.05.2015.

Oferta având caracter ferm, în prestarea serviciilor, ofertanții trebuie să execute serviciile în condițiile ofertate, respectiv cu persoanele nominalizate în propunerea tehnică și pentru care a primit subvenții.

Având în vedere tariful prezentat în oferta contestată, raportat la cheltuielile minime impuse de dispozițiile legale, rezultă că acestea nu sunt justificate nefiind rezultatul liberei concurențe, astfel încât acest ofertant nu a inclus în preț toate cheltuielile prevăzute de Codul Muncii, cheltuieli privind cazarea/detașarea/delegarea cu atât mai mult cu cât acest ofertant nu are sediul în raza obiectivelor pentru care urmează să fie asigurat serviciul de pază, autoritatea contractantă trebuia să facă aplicabilitatea prevederilor art. 137 alin. (3) lit. c), fiind o ofertă neconformă.

Având în vedere cele menționate este lesne de înțeles că decizia comisiei de evaluare de a declara câștigătoare o ofertă care nu respectă legislația în vigoare, raportat la cele mai sus expuse, apare ca vădit abuzivă încălcând principiile reglementate și instituite de art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv nediscriminarea și tratamentul egal.

Singurele posibilități în care acest preț poate scădea sub această valoare (17 lei/oră pentru post de 24 de ore) sunt:

- situația în care agentul economic încalcă dispozițiile legale referitoare la sporuri și contribuții;
- fie beneficiază de prevederile Legii nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă.

În cazul în care ofertantul, asocierea SRL- SRL, în diminuarea prețului ofertat a utilizat subvenții obținute în baza Legii nr. 76/2002, autoritatea contractantă avea obligația de a efectua în acest sens verificări suplimentare.

Potrivit prevederilor art. 85 alin. (4) din Legea nr. 76/2002, respectiv art. 83 alin. (2), coroborat cu alin. (7), rețin acordarea facilităților proporțional cu timpul lucrat, precum și obligativitatea restituirii sumelor de bani încasate cu titlu de convenție dacă angajatorul încetează raporturile de muncă anterior termenului de 18 luni, astfel că suma cu care este diminuat prețul ofertei, pe baza subvențiilor reprezintă o simplă prezumție a ofertantului, luarea în considerare a unei astfel de oferte încălcând principiile tratamentului egal, al nediscriminării și al transparenței (art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016), ori autoritatea contractantă are obligația să trateze agenții economici ofertanți în mod egal, fără discriminare și potrivit principiului transparenței.

Comisia de evaluare nu trebuia să accepte o diminuare artificială a prețului pe o simplă declarație a ofertantului.

Așa cum reține Consiliul în decizia sa, publicată sub nr. B02017 2820, trebuie subliniat faptul că „operatorii economici având încheiate aceste convenții prin care statul oferă anumite facilități fiscale nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare pentru toate contractele care urmează a fi încheiate de operatori, având în vedere faptul că acestea se acordă pentru o anumită/anumite persoane care vor presta munca și care nu poate să încalce prevederile Codului Muncii. Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel nu pot propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate. În încercarea de a oferta un preț cât mai scăzut, operatorii economici nu pot face reduceri de salarii orare sub cel minim garantat în plată.”.

Totodată, consideră că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, trebuia să dispună efectuarea de verificări efective asupra ofertanților care beneficiază de prevederile Legii nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă și nu să accepte o diminuare artificială a prețului pe o simplă declarație a ofertantului, obligație de altfel dispusă de Curtea de Apel Timișoara (decizia nr. 1294/04.11.2019).

De altfel, autoritatea contractantă are obligația, nu doar de a solicita clarificări, ci și de a verifica răspunsurile primite și care justifică prețul ofertat (Curtea de Apel Brașov - Decizia nr. 160/R/20.01.2014).

Această asociere, în cazul în care a utilizat subvenții pentru diminuarea prețului ofertat, trebuie să îi implice pe angajații pentru care se primesc subvenții în derularea viitorului contract, ce face obiectul prezentei proceduri, ori probabil acești angajați sunt utilizați în cadrul altor contracte de pază al căror tarif a fost deja diminuat pe baza acestor subvenții, neputând a fi diminuat tariful în mai multe contracte, aspecte ce nu au fost verificate de către comisia de evaluare.

Oferta având caracter ferm, în prestarea serviciilor, asocierea respectivă trebuie să execute serviciile în condițiile oferțate, respectiv cu persoanele nominalizate în propunerea tehnică și pentru care a primit subvenții.

Astfel, în mod definitiv atât Consiliul, cât și instanța (Curtea de Apel) au statuat că angajații pentru care sunt obținute subvenții în baza Legii nr. 76/2002 trebuie implicați în derularea viitorului contract încheiat urmare a prezentei proceduri de atribuire, pentru care s-a diminuat prețul ofertat (Decizia CNSC nr. 3024/C1/3626,3731/16.11.2017, Decizia Curții de Apel nr. 128/15.01.2018 dosar 9283/2/2017).

Tot în acest sens, Curtea de Apel Timișoara a statuat în mod definitiv într-o decizie recentă (Decizia Civilă nr. 1294/04.11.2019).

Prin urmare, comisia de evaluare avea obligația potrivit art. 133 alin. (1), art. 134 din HG nr. 395/2016, pentru a stabili dacă ofertantul se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 137 alin. (1), (3) lit. a), c), d), g) ale aceluiași act normativ, de a solicita cel puțin următoarele clarificări cu privire la subvențiile utilizate de către asociere:

- Convențiile încheiate cu AJOFM, în care se poate observa numele persoanelor angajate prin respectivele convenții;
- Dispozițiile de plată emise de AJOFM din care să rezulte sumele ce urmează a fi obținute în baza convențiilor sus menționate;
- Tabelul nominal cu persoanele încadrate în muncă prin convenții;
- Dovada faptului că ofertantul va folosi, pe posturile ce fac obiectul contractului persoanele încadrate în muncă prin convenție;
- Extrasul REVISAL care atestă că persoanele sunt salariați activi la data depunerii ofertei, precum și funcția pe care sunt încadrați;
- Dovada faptului că acest ofertant nu a utilizat aceleași subvenții și în alte proceduri la care a participat;
- Modul de calcul al prețului ofertat raportat la sumele ce urmează a fi obținute în baza subvențiilor.

De asemenea, cu privire la clarificarea faptului că acest ofertant nu a utilizat sumele obținute în baza acestor subvenții în diminuarea prețului în alte proceduri de achiziție, suplimentar de clarificările

solicitate ofertantului, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita informații în acest sens atât AJOFM, cât și altor autorități contractante care au derulat proceduri de achiziție și la care acest ofertant a participat.

Și în acest caz, comisia de evaluare a încălcat prevederile art. 133 alin. (1), art. 134 din HG nr. 395/2016, în urma evaluării, aceasta având obligația aplicării dispozițiilor de excludere a ofertei asocierii declarate câștigătoare, conform prevederilor art. 137 alin. (1), (3) lit. a), c), d), g) din HG nr. 395/2016, ca neconformă.

În concluzie, susține că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a efectuat verificări detaliate ale modului de stabilire a prețului, astfel cum a prezentat mai sus, inclusiv sub aspectul cuprinderii în cadrul acestuia a tuturor costurilor referitoare la prestarea serviciilor în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și ale legislației aplicabile, fiind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a), c), d) și g) din HG nr. 395/2016, și trebuia să constate neconformitatea ofertei depuse de asocieria SRL- SRL.

În vederea soluționării contestației, prin adresa nr. 4.D/215660/03.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 46530/03.09.2021, autoritatea contractantă a transmis copia dosarului achiziției și ofertele depuse de SC SRL și asocieria SRL- SRL pentru toate cele 8 loturi.

Totodată, prin adresa transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliu cu nr. 46682/03.09.2021, ...SA, prin , a comunicat documente cu caracter confidențial din cadrul dosarului achiziției în cauză.

Prin adresa nr. 4.D/213682/07.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 47169/07.09.2021, ...SA, prin , a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC SRL.

Prin punctul de vedere, aceasta prezintă, în preambul, modul de desfășurare a procedurii de atribuire în cauză, solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată pentru următoarele motive:

Referitor la criticile privind motivul de respingere a ofertei sale, în urma analizării ofertelor și a răspunsurilor la solicitările de clarificări oferite de către contestatoare, a remarcat că justificarea tarifului ofertat nu respectă legislația în vigoare, respectiv fundamentarea economică a tarifului orar, a sporului aferent concediului de odihnă, nu respectă toate obligațiile imperative stabilite în sarcina oricărui angajator de Legea nr. 53/2003 - Codul Muncii și de legislația în vigoare în domeniul salarizării.

Cu privire la calculul sporului aferent sărbătorilor legale, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, operatorul economic transmite că a luat în calculul sporului aferent sărbătorilor legale un quantum de 25 ore (poz. 16 calcul tarif orar/agent de pază din documentul Calcul tarif orar agent de pază) $15 \times 25 \times 13,583/12/730$, raportându-se la faptul

că, pentru sporul de noapte, a fost făcut cu aplicarea prevederilor art. 126 lit. a) din Legea nr. 53/2003.

Astfel, a inclus în tariful ofertat cheltuielile privind sporul pentru sărbători legale raportându-se inclusiv la ora liberă acordată (în total 25 de ore) potrivit art. 126 lit. a) din Legea nr. 53/2003, oră care reprezintă drepturi salariale și care se achită angajaților care au programul de lucru redus cu o oră.

Urmare analizării răspunsului la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a considerat răspunsul neconcludent, deoarece justificarea tarifului ofertat nu respectă legislația în vigoare, respectiv fundamentarea economică a tarifului orar a sporului aferent sărbătorilor legale cu respectarea tuturor obligațiilor imperative stabilite în sarcina oricărui angajator de Legea nr. 53/2003 - Codul Muncii și de legislația în vigoare în domeniul salarizării fiind, în anul 2021, potrivit HG nr. 4/2021 de 0.56 lei/oră (15 zile sărbători legale x 24 ore x 13,538 lei/oră/365 zile/an/24 ore), iar ofertantul în cadrul ofertei sale s-a raportat la un număr de 25 ore, fără a ține cont de prevederile art. 142 din Codul Muncii „(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.”

Așadar, numărul de ore pentru care se prestează efectiv servicii de pază este de 24 de ore, iar pentru munca prestată în zilele de sărbători legale, salariații beneficiază 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.

Astfel, chiar și legiuitorul a luat în considerare pentru munca prestată în zilele de sărbători legale ca salariații să beneficieze de un spor la salariul de bază, în ora suplimentară luată în calcul de către ofertant nefiind prestate servicii de pază.

După cum se poate observa, dacă tariful se realizează raportat la un număr de 25 ore și nu la un număr 24 ore, atunci acest tarif este aferent unui număr total de ore de 9125 ore/post (calculat ca 25 ore x 365 zile) ceea ce nu corespunde cu numărul de ore solicitat a fi prestate în cadrul unui post permanent, ce este 8760 ore/post (calculat ca 24 ore x 365 zile), justificarea tarifului fiind neconcludentă.

Totodată, prevederea legală sus menționată stabilește foarte clar condițiile în care se acordă salariatului acest drept și cuantumul acestuia, fiind raportate la muncă efectiv prestată.

Ținând cont că programul de lucru al obiectivelor supuse prezentei proceduri de achiziție publică este de 24 ore/zi, salariații ce vor presta servicii de pază în cadrul unui post de pază cu program permanent 24/24 ore/zi nu vor presta efectiv mai mult de 24 ore/zi în cadrul postului.

Potrivit prevederilor art. 126 lit. a) din Codul Muncii ce stabilesc faptul că programul de lucru se reduce 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, respectiv o oră liberă plătită cu scop de compensare a timpului lucrat pe timp de noapte, este evident că această oră liberă plătită nu este o oră efectiv prestată așa cum statuează și condiționează Codul Muncii, astfel că pentru această oră liberă plătită în scop de compensare conform art. 126 lit. a) din același act normativ nu se fac aplicabile prevederile art. 142 din Codul Muncii.

Prin răspunsul la solicitările de clarificări, operatorul economic a transmis că includerea atât a sporului de noapte, cât și a sporului de weekend în categoria sporurilor permanente, s-a raportat la specificul activității acesteia, (COD CAEN 8010) - Servicii de pază, servicii prestate permanent 24/24 ore, prin urmare, aceste sporuri sunt acordate tuturor salariaților și luate în considerare în calculul indemnizației de concediu de odihnă, fiind sporuri permanente.

Chiar dacă și prin contestația înaintată, operatorul economic menționează că sporurile luate în calcul sunt cu caracter permanent prevăzute de legislația specifică fiecărui domeniu de activitate sau prevăzute în contractele colective și individuale de muncă, acesta nu precizează cu exactitate care sunt prevederile care menționează în mod clar că sporul de noapte, cât și sporul de weekend se acordă permanent de legislația specifică serviciilor de pază, și nici nu a făcut dovada că aceste sporuri sunt acordate permanent angajaților prin contractele colective și individuale de muncă.

Astfel, chiar în contractul colectiv de muncă al operatorului economic, se menționează:

- „La locurile de muncă unde, datorită specificului activității, se lucrează în zilele de sâmbătă și duminică, angajatorul are obligația să asigure fiecărui angajat minimum 1 weekend liber pe lună, iar numărul minim de duminici libere pe an să nu fie mai mic de 18. În situația în care angajatorul nu poate asigura minimum 18 duminici libere pe an, angajatul va beneficia de un spor de 1% din salariul de încadrare. ”

- „Pentru munca prestată în timpul nopții salariații primesc un spor de 25% la salariul orar de bază convenit, pentru fiecare oră de muncă de noapte prestată, în măsura în care munca astfel prestată în perioada de noapte este de minimum 3 ore, sau dacă orele de noapte prestate reprezintă cel puțin 30% din programul lunar normal al acelei persoane, sau cu un program redus cu o oră față de durata normală a zilei de muncă, fără să ducă la scăderea salariului de bază.”

Față de cele expuse este evident că cele două sporuri nu se acordă permanent, ci doar în situațiile specifice, sporurile fiind condiționate de prestarea de servicii în weekend sau în timpul nopții, așa cum chiar

operatorul economic are prevăzut în cadrul contractului colectiv de muncă.

Urmare analizării răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a considerat răspunsurile neconcludente, deoarece este evident că includerea acestor sporuri în calculul valorii aferente concediului de odihnă nu este calculată în conformitate cu prevederile art. 150 din Codul Muncii.

Niciunde în răspunsurile la solicitările de clarificări, operatorul economic nu menționează cadrul legislativ în baza căruia acesta consideră sporul de noapte și sporul de weekend ca fiind permanente, iar simpla declarare a acestuia că aceste sporuri au caracter permanent, nu constituie izvor de drept pentru autoritatea contractantă.

Astfel atât sporul de noapte, cât și sporul de weekend, nu sunt sporuri cu caracter permanent pentru a fi avute în vedere la calculul indemnizației pentru concediul de odihnă, deoarece agenții de pază primesc spor de noapte și spor de weekend, după efectuarea serviciului de pază în astfel de perioade, temporar, și nu permanent.

Contrar celor susținute de operatorul economic, caracterul permanent al celor două sporuri în discuție nu se determină prin raportare la specificul postului, respectiv la caracterul de continuitate al activității prin asigurarea serviciilor de pază umană 24 ore din 24, ci prin raportare la activitatea agenților de pază ce asigură serviciile necesare autorității contractante.

Atâta timp cât sporurile în discuție nu sunt acordate tot timpul, ci doar când agenții lucrează în ore de noapte sau de weekend, sporurile nu sunt permanente, pentru a fi avute în vedere la calculul indemnizației de concediu de odihnă, potrivit prevederilor art. 150 din Codul muncii, mai sus redate.

Totodată, având în vedere că sporul de noapte, cât și sporul de weekend nu sunt prevăzute ca sporuri cu caracter permanent în contractul colectiv de muncă al operatorului economic, ci doar că acestea se acordă doar pentru muncă efectuată în timp de noapte sau în timp de weekend, acestea nu au cum să fie considerate că au caracter permanent.

Așadar, indemnizația de concediu de odihnă trebuie calculată raportată la salariul de bază, indemnizațiile și sporurile cu caracter permanent. Prin urmare, având în vedere inexistența indemnizațiilor și a sporurilor ce se acordă cu caracter permanent, indemnizația de concediu de odihnă trebuie calculată raportată doar la salariul de bază.

Cu privire la critica privind ofertele câștigătoare, că acestea conțin prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurenței și care nu pot fi justificate, contestatoarea aduce acuzații generale, nesusținute, fără a argumenta în mod coerent motivele sale de contestație și în niciun caz nu face dovada că a analizat documentația de atribuire pusă la dispoziție

oferanților ce prevedea clar că: „În cazul în care operatorii economici au încheiate convenții prin care statul oferă anumite facilități fiscale în baza Legii nr. 76/2002, oferanții vor ține cont în elaborarea ofertei că acestea nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare și având în vedere faptul că nu se cunoaște cu exactitate momentul începerii derulării contractului, iar aceste facilități pot fi folosite doar în cadrul contractului unde prestează respectivul salariat muncă, întrucât subvențiile se acordă pentru perioade efectiv lucrate, perioadele anterioare încheierii contractului neputând fi luate în calcul.”, drept urmare, comisia de evaluare nu avea cum să accepte diminuarea tarifelor prin convenții încheiate în baza Legii nr. 76/2002 având în vedere prevederile documentației de atribuire.

Astfel, este evidențiat încă o dată atitudinea tendențioasă a contestatoarei, mai mult decât atât, până și tipul procedurii fiind menționat eronat ca „licitație deschisă”, deși procedura aplicabilă a fost procedură proprie de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice, iar obiectivul procedurii de achiziție este încheierea de contracte nu a unui acord-cadru așa cum eronat menționează contestatoarea: „pentru executarea viitorului acord-cadru în condițiile solicitate prin caietul de sarcini”.

Totodată, comisia nu avea cum să procedeze la verificarea subvențiilor obținute în baza Legii nr. 76/2002 și a tuturor altor obligații ce implică includerea subvențiilor în tarifele ofertate, având în vedere că prin documentația de atribuire s-a stabilit în mod cert că „acestea nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare”, iar ofertantul declarat câștigător nu a inclus în calculul tarifelor orare, eventuale subvenții obținute prin convenții care să îi permită diminuarea tarifelor, încă o dată fiind evidențiate purele speculații ale contestatoarei nesuținute de dovezi. La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)”, iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură.”

Acest mod vanitos este imputabil ofertantului, care a dat dovadă de superficialitate și lipsă reală de interes față de prezenta procedură de atribuire, în speță având incidență adagiul „Nemo auditur propriam

turpitudinem allegans" - *Nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă.*

Referitor la critica privind prețul ofertat de asocieria SRL- SRL, în detalierea propunerilor financiare se regăsesc costurile privind sporurile prevăzute de Codul muncii, costurile aferente cheltuielilor directe, costurile aferente cheltuielilor indirecte, acestea fiind analizate de către comisia de evaluare sub aspectul cuprinderii a tuturor costurilor referitoare la prestarea serviciilor în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și ale legislației aplicabile.

Astfel, așa cum se poate observa din detalierea tarifelor ofertelor desemnate câștigătoare, acestea respectă legislația muncii fiind detaliată modalitatea de calcul a fiecărei componente, totodată includ toate costurile ofertantului, directe și indirecte, legate de încheierea și executarea contractului, inclusiv a prevederilor exprese legate de acestea din caietul de sarcini, fiind incluse toate cheltuielile.

În ceea ce privește critica adresată cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu a făcut nicio verificare a ofertei financiare depuse de ofertantul câștigător, respectiv nu a solicitat niciun fel de clarificări, autoritatea contractantă, ...SA, prin , subliniază faptul că dovada analizării/verificării ofertelor se află în procesele-verbale intermediare încheiate în timpul derulării procesului de evaluare și în rapoartele procedurii, care sunt parte a dosarului achiziției, toate aceste acte fiind întocmite cu respectarea legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice, dovedind încă o dată că acuzațiile contestatoarei nu au nicio bază, fiind doar simple supoziții, astfel contestația trebuie respinsă ca nefondată.

De asemenea, menționează faptul că, în cuprinsul rapoartelor procedurii, sunt consemnate rezultatele aferente fiecărei etape de analiză și procesele-verbale finale în baza cărora s-a stabilit rezultatul evaluării ofertelor.

Față de critica adusă de SRL cu privire la faptul că ofertantul declarat câștigător „nu are sediul în raza obiectivelor pentru care urmează să fie asigurat serviciul de pază”, trebuie precizat faptul că membrii asocierii ofertei desemnată câștigătoare au sediul în raza de activitate a DRDP, însă acest aspect nu a constituit un criteriu de calificare al operatorilor economici, nefiind un impediment în prestarea serviciilor de pază în condiții de calitate și eficacitate.

Comisia de evaluare își cunoaște atribuțiile prevăzute la art. 65 alin. (2) coroborat cu art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, rezultă că verificarea ofertelor respectă regulile și principiile care guvernează legislația specifică în domeniu.

Referitor la solicitarea contestatoarei privind admiterea cererii pentru studierea dosarului achiziției, invocă faptul că informațiile prezentate de către operatorii economici declarate confidențiale sunt

menționate la capitolul 3.2.8. din cadrul rapoartelor procedurii de atribuire.

Astfel, consideră că nu a creat un avantaj evident, așa cum susține contestatoarea, ci a respectat întocmai Legislația în domeniul achizițiilor publice, în speță principiile de la art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii, luând act totodată și de jurisprudența prezentată.

În concluzie, raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 65 alin. (2) coroborat cu art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, este evident că această verificare, așa cum a fost efectuată în etapa de evaluare a ofertelor respectă regulile și principiile care guvernează legislația specifică în domeniu și, pe cale de consecință, apreciază că sunt neîntemeiate criticile contestatoarei privind nelegalitatea respingerii ofertei sale și ar trebui respinse.

Prin adresa nr. 3428/09.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 47578/09.09.2021, SC SRL a transmis Concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului, menținându-și toate criticile expuse în contestație.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. /13.09.2021, ... SRL, lider al asocierii SRL- SRL, a depus cererea de intervenție în favoarea autorității contractante, respectiv SA, prin , solicitând respingerea contestației formulată de către SC SRL, pentru loturile 1-8, ca neîntemeiată/nelegală/netemeinică.

Intervenienta prezintă următoarele argumente:

1. În ceea ce privește criticile formulate de către SC SRL cu privire la oferta sa pentru loturile 1-8, precizează că petenta nu formulează critici concrete în acest sens, ci doar considerații generale cu privire la legislația incidentă.

Astfel, contestatoarea nu aduce argumente concrete cu privire la eventualele încălcări ale legislației aplicabile în materia achizițiilor publice și nici a celei privind nerespectarea costurilor reale care cad în sarcina angajatorilor.

Consideră că petenta face doar simple afirmații, fără a aduce vreo dovadă în acest sens.

Totodată, acest ofertant face o înșiruire de calcule proprii, fără a indica în mod expres care anume elemente din legislația menționată nu au fost respectate la întocmirea ofertei asocierii declarate câștigătoare și fără a aduce dovezi pentru acuzele formulate.

2. Referitor de motivul de respingere a ofertei SC SRL de către autoritatea contractantă, sub aspectul calculului efectuat de acest ofertant asupra drepturilor prevăzute de Codul Muncii cu privire la sporul de sărbători legale, intervenienta o consideră întemeiată.

Astfel că aplicarea corectă a prevederilor legale cu privire la drepturile salariaților în zilele de sărbători legale se raportează în mod clar la numărul de zile de sărbători legale stabilite de Guvernul României, respectiv 15 zile, aplicând numărul de ore efectiv prestate în zilele de sărbători legale și remunerate așa cum stabilește Codul Muncii prin aplicarea sporului de 100 % din salariul de bază, respectiv cel stabilit și în vigoare la momentul depunerii ofertei prin HG nr. 4/2021.

3. Cu privire la motivul de respingerea al ofertei SC SRL de către autoritatea contractantă în ceea ce privește calculului efectuat de aceasta asupra drepturilor prevăzute de Codul Muncii referitor la concediul de odihnă, intervenienta o consideră întemeiată, deoarece atât sporul de noapte, cât și sporul de weekend, nu sunt sporuri cu caracter permanent pentru a fi avute în vedere la calculul indemnizației pentru concediul de odihnă.

Câtă vreme sporurile în discuție nu sunt acordate tot timpul, ci doar când agenții de pază lucrează în ore de noapte sau de weekend, sporurile nu sunt permanente, pentru a fi avute în vedere la calcul indemnizației de concediu de odihnă, potrivit prevederilor art. 150 din Codul muncii.

Pe cale de consecință, intervenienta apreciază contestația depusă de SC SRL nefondată/neîntemeiată/nesusținută, motiv pentru care solicită admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 3458/14.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 48226/14.09.2021, SC SRL a transmis Concluzii scrise prin care își menține toate criticile expuse pe larg în contestația înaintată, respectiv prin concluziile prezentate anterior.

Ca urmare a concluziilor scrise comunicate prin adresa nr. 3428/09.09.2021, ...SA, prin a transmis adresa nr. 4.D/215726/14.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 48260/14.09.2021, precizând că-și menține punctul de vedere anterior formulat.

Ca urmare a concluziilor scrise comunicate prin adresa nr. 3458/09.09.2021, ...SA, prin a transmis adresa nr. 4.D/215729/14.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 48528/15.09.2021, precizând că-și menține punctul de vedere anterior formulat.

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

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect Asigurarea pazei obiectivelor, bunurilor și valorilor la DRDP și Laboratorul Central, SDN 1 - 7: Lot 1 - SDN; Lot 2 - SDN; Lot 3 - SDN; Lot 4 - SDN; Lot 5 - SDN; Lot 6 - SDN; Lot 7 - SDN; Lot 8 - DRDP, cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev. 2), ...SA prin în calitate de

autoritate contractantă, a inițiat procedură proprie, conform anunțului de intenție nr. PI1001944/19.05.2021, publicat în SICAP.

Din informațiile anunțului de intenție, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de servicii care urmează a se atribui este de 9.589.885,44, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 03.06.2021, ora 10:00.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, comunicat cu adresele nr. 4D/215558/26.08.2021 (Lot 1), nr. 4D/215562/26.08.2021 (Lot 2), nr. 4D/215565/26.08.2021 (Lot 3), nr. 4D/215569/ 26.08.2021 (Lot 4), nr. 4D/215573/26.08.2021 (Lot 5), nr. 4D/215577/26.08.2021 (Lot 6), nr. 4D/215581/26.08.2021 (Lot 7) și nr. 4D/215586/26.08.2021 (Lot 8), SC SRL a înaintat contestația în analiză.

Contestatoare a constituit cautiunea în sumă de 191.798,00 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 2074833935/1 eliberată de CEC BANK SA, Sucursala, la data de 03.09.2021.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că SRL, lider al asocierii SRL- SRL, în calitate de ofertant declarat câștigător pentru cele 8 loturi, a înaintat cerere de intervenție în favoarea autorității contractante, ca urmare a contestației depuse de SC SRL.

Consiliul, văzând că are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea ei, fiind ofertant declarat câștigător pentru aceste loturi, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acesteia având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Pe fondul contestației, se constată că demersul SC SRL a fost determinat de respingerea ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, fiind formulate, totodată, critici împotriva ofertei desemnate câștigătoare pentru cele 8 loturi (SDN 1 – 7: Lot 1 – SDN; Lot 2 – SDN; Lot 3 – SDN; Lot 4 – SDN; Lot 5 – SDN; Lot 6 – SDN; Lot 7 – SDN; Lot 8 – DRDP), respectiv oferta asocierii SRL- SRL.

În soluționarea contestației, Consiliul consideră relevant alături de capetele de cerere formulate de contestatoare, criteriul de atribuire stabilit de achizitoare, respectiv *cel mai bun raport calitate-preț*.

Astfel, se constată că au fost aduse critici atât împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, cât și împotriva legalității deciziei de declarare a ofertei asocierii SRL- SRL câștigătoare pentru cele 8

loturi, astfel că modul de formulare al criticilor și al capetelor de cerere prezintă relevanță în modul de soluționare a acestora.

Prin urmare, raportat la modul de formulare a criticilor, prin care este invocată nelegalitatea proceselor-verbale de evaluare, a rapoartelor procedurii și a actelor subsecvente acestora, respectiv este solicitată reluarea evaluării celor 2 oferte, a sa și a asocierii declarată câștigătoare pentru cele 8 loturi, se pune problema interesului analizării mai întâi a legalității respingerii ofertei sale, Consiliul considerând că trebuie stabilit dacă este de interes analizarea, mai întâi, a legalității declarării câștigătoare a ofertei asocierii SRL- SRL.

În acest sens, relevanță prezintă criteriul de atribuire utilizat, respectiv *cel mai bun raport calitate-preț*, autoritatea contractantă stabilind drept factori de evaluare *Experiența managerului de securitate* (pondere 10%) și *Prețul ofertei* (pondere 90%).

Analizând algoritmul de calcul stabilit pentru acești factori de evaluare se constată că punctajul pentru experiența managerului este stabilit funcție de numărul de contracte derulate, fără a exista dependență legat de oferta altui participant, astfel că orice participant poate lua punctajul maxim alocat pentru acest factor, în timp ce legat de preț a fost stabilită o formulă prin raportare la prețul cel mai mic ofertat.

Prin urmare, cum din rapoartele procedurii nr. 215549/26.08.2021, 215550/26.08.2021, 215551/26.08.2021, 215552/26.08.2021, 215553/26.08.2021, 215554/26.08.2021, 215555/26.08.2021 și 215556/26.08.2021, rezultă că, pentru primul factor, reprezentând experiența managerului de securitate, punctajul primit de asocierea declarată câștigătoare este maxim 10 puncte pentru fiecare lot, aspect care nu a fost criticat de autoarea contestației prin demersul său, Consiliul constată că relevanță prezintă în soluționare prețul ofertat de fiecare dintre cei doi ofertanți (contestatoarea și asocierea declarată câștigătoare).

Astfel se constată că pentru tariful orar utilizat de cei doi ofertanți pentru fiecare din cele 8 loturi este următorul:

- SC SRL: 17,07 lei/oră, 17,03 lei/oră, 17,06 lei/oră, 17,05 lei/oră, 17,05 lei/oră, 17,06 lei/oră, 17,05 lei/oră și 16,90 lei/oră;
- asocierea SRL- SRL: 16,74 lei/oră, 16,67 lei/oră, 16,73 lei/oră, 16,71 lei/oră, 16,71 lei/oră, 16,73 lei/oră, 16,70 lei/oră și 16,43 lei/oră.

Din analiza acestor tarife rezultă că tariful ofertat de contestatoarea pentru fiecare dintre cele 8 loturi este mai mare decât cel ofertat de asocierea declarată câștigătoare, fapt ce determină lipsa de interes în a mai analiza o eventuală nelegalitate a respingerii ofertei sale pentru cele 8 loturi dacă se constată că nu există motive de nelegalitate a evaluării realizate asupra ofertei asocierii SRL- SRL pentru aceste loturi, deoarece oferta petentei nu ar putea deveni câștigătoare nici dacă

s-ar stabili că oferta sa este admisibilă, dat fiind că punctajul obținut ar fi inferior celui obținut de asociere.

Prin urmare, Consiliul va analiza, cu precădere, legalitatea tarifului ofertat de asocierea SRL- SRL pentru aceste loturi, raportat la criticile formulate de contestatoare în acest sens.

Astfel, se constată că este invocat de către contestatoare că asocierea nu ar fi inclus în tariful ofertat costurile reale necesare prestării serviciilor supuse achiziției.

În sprijinul afirmațiilor sale este prezentat de către petentă un calcul considerat de aceasta ca fiind relevant pentru stabilirea tarifului minim orar și este invocat faptul că autoritatea contractantă nu ar fi făcut o verificare temeinică a componentelor tarifului ofertat.

Ca prim aspect, se constată că modul de formulare utilizat de contestatoare nu este raportat la conținutul concret al propunerii financiare al asocierii declarate câștigătoare ori la cele reținute de autoritatea contractantă sau demersurile făcute de aceasta pe parcursul evaluării ofertelor, ci sunt aduse argumente generale cu privire la costurile apreciate de aceasta ca fiind necesare.

În consecință, analiza Consiliului se va limita la a verifica măsura în care asocierea a luat în considerare toate costurile necesare derulării contractului pentru fiecare dintre loturi.

Întregul raționament al contestatoarei se bazează pe o presupusă lipsă a luării în considerare de către asociere a anumitor elemente de cost în stabilirea tarifului ofertat, rezultate conform prevederilor legale (Codul Muncii, Codul Fiscal), fără a se ține cont de modul concret în care a fost stabilit tariful ofertat de respectiva asociere.

De asemenea, societatea contestatoare are formulări generale legate de utilizarea convențiilor pentru o eventuală reducere de tarif în baza Legii nr. 76/2002, deși asocierea nu a utilizat o astfel de facilitate. De altfel, autoritatea contractantă, prin documentația de atribuire (pag. 22 din Informații pentru ofertanți), a stabilit, fără echivoc, că *În cazul în care operatorii economici au încheiate convenții prin care statul oferă anumite facilități fiscale în baza Legii nr. 76/2002, ofertanții vor ține cont în elaborarea ofertei că acestea nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare și având în vedere faptul că nu se cunoaște cu exactitate momentul începerii derulării contractului, iar aceste facilități pot fi folosite doar în cadrul contractului unde prestează respectivul salariat munca, întrucât subvențiile se acordă pentru perioade efectiv lucrate, perioadele anterioare încheierii contractului neputând fi luate în calcul.*

Astfel, prin modul de formulare a criticilor, contestatoarea nu numai că nu s-a raportat la modul de întocmire a ofertei de către asociere pentru fiecare din cele 8 loturi, dar a ignorat și prevederile documentației de atribuire care nu a permis utilizarea reducerii tarifului orar, pe baza convențiilor încheiate.

De altfel, se constată că propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător conține aceleași elemente ca și cea a contestatoarei,

fiind inclus salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată conform HG nr. 4/2021 (rezultând același salariu tarifar precum cel utilizat de contestatoarele), sporul de noapte, spor de weekend, spor de muncă prestată în zilele de sărbătoare legală, indemnizația de concediu, contribuția asiguratorie pentru muncă de 2,25%, cheltuieli directe altele decât cele legate de salarizarea personalului, cheltuieli indirecte și cotă de profit. De asemenea, au fost depuse la solicitarea achiziției documente care atestă posibilitatea utilizării unei cote nule pentru fondul de handicap.

Diferența de tarif orar existentă între oferta contestatoarei și cea a asocierii declarate câștigătoare este dată de fondul de handicap, care nu sunt nule în cazul petentei, dar referitor la care contestatoarea nu a adus niciun argument concret prin contestație cu privire la nelegalitatea cuantumului lor în ceea ce privește oferta asocierii. Relevanța acestui element de cost este evidentă. Spre exemplificare, în cazul lotului 1 dacă s-ar adăuga acest element de cost utilizat de contestatoarele de 0,54 lei/oră la oferta asocierii tariful orar rezultat ar fi mai mare decât cel al petentei. Prin urmare, nu se poate considera, plecând tocmai de la acest exemplu, raportat la susținerile contestatoarei, că tariful orar ofertat de asociere ar fi nejustificat, în fapt, tariful orar utilizat de asociere, fără a avea în vedere costurile datorate fondului de handicap fiind mai mare decât al acesteia pentru fiecare dintre loturi.

Legat de acest cost, respectiv contribuția la fondul de handicap, Consiliul consideră relevante prevederile Legii nr. 448/2016, care la art. 78 stabilesc că:

(1) *Persoanele cu handicap pot fi încadrate în muncă conform pregătirii lor profesionale și capacității de muncă, atestate prin certificatul de încadrare în grad de handicap, emis de comisiile de evaluare de la nivel județean sau al sectoarelor municipiului*

(2) *Autoritățile și instituțiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care au cel puțin 50 de angajați, au obligația de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puțin 4% din numărul total de angajați.*

(3) *Autoritățile și instituțiile publice, precum și persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condițiile prevăzute la [alin. \(2\)](#), pot opta pentru una dintre următoarele obligații:*

a) să plătească, lunar, către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap;

b) să plătească, lunar, către bugetul de stat o sumă reprezentând echivalentul a minimum 50% din salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap, iar cu suma reprezentând diferența până la nivelul sumei prevăzute la lit. a) să achiziționeze, pe bază de parteneriat, produse și/sau servicii realizate prin activitatea proprie a persoanelor cu handicap angajate în unități protejate autorizate.

Raportat la aceste prevederi, se constată că prezintă relevanță numărul de persoane angajate, nefiind stabilite de legiuitor eventuale reguli cu privire la norma de muncă. Ori, asocierea a depus documente pentru fiecare dintre membrii, iar contestatoarea nu a adus prin

conestație niciun argument pentru care luarea lor în considerare de către achizitoare în evaluare ar trebui apreciată ca fiind eronată.

Prin urmare, raportat la modul de întocmire a contestației și de formulare a criticilor, Consiliul nu poate identifica motivele pentru care autoritatea contractantă ar fi trebuit să considere că tariful indicat de asocierea SRL- SRL pentru fiecare dintre loturi nu ar fi unul acoperitor pentru prestarea serviciilor aferente acestui contract pentru fiecare dintre cele 8 loturi, iar stabilirea lui ar fi rezultatul unor practici nelegale.

Cât privește caracterul acuzelor și alegațiilor formulate prin concluziile scrise de contestatoare cu privire la fondul de handicap, formulate cu depășirea termenului de contestare de la luarea la cunoștință despre rezultatul procedurii de atribuire, este de reținut că analiza Consiliului s-a limitat strict la conținutul contestației, lipsa motivării sau a mijloacelor de probă care să ateste cele susținute neputând fi suplinită ulterior, în afara termenului stabilit de legiuitor.

Astfel, Consiliul reține că acestea au fost formulate cu mult după expirarea termenului de contestare, fiind formulate noi motive îndreptate împotriva tarifului ofertat de asocierea SRL- SRL pentru cele 8 loturi.

Persoana vătămată trebuie să sesizeze, într-un termen anume dat, cu o contestație care trebuie să cuprindă obligatoriu motivarea în fapt și în drept a ei.

Nicăieri în cuprinsul legii nu se amintește că persoana vătămată își poate schimba motivarea contestației prin care s-a delimitat cadrul judecății, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost investit în termenul legal de contestare.

Potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

Concluziile scrise, astfel cum reiese chiar din denumirea lor, constituie o expunere finală a argumentației asupra cererilor supuse dezbaterii prin contestație, nu motivarea celor solicitate.

De altfel, numeroase decizii ale instanțelor judecătorești, superioare Consiliului, chemate să verifice soluțiile acestuia, au raționat că motivarea contestației după expirarea termenului legal de contestare, prin intermediul notelor/concluziilor scrise, este inadmisibilă.

Interdicția de completare subzistă și în situația în care contestatorul a invocat în termen motive generice de nelegalitate a actului atacat – a raționat și Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 4698 din 5 iunie 2014, chiar dacă legislația aferentă a fost modificată prin Legea nr. 98/2016, aspectele în discuție nu au suferit modificări de fond: ... Accesul

persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii. Așadar accesul la dosar este posibil anterior formulării unei contestații, în baza normelor privind informațiile de interes public.

Pentru motivele arătate mai sus, interdicția de completare a contestației subzistă și în situația în care contestatorul a invocat în termen motive generice de nelegalitate a actului atacat, formulând, după expirarea termenului, precizări prin care conferă un conținut concret acestor motive. Și în această situație avem de-a face cu o motivare tardivă, întrucât motivele concrete dezvoltate prin cererea precizatoare nu au existat în contestația inițială și partea adversă nu a avut posibilitatea să formuleze apărări cu privire la respectivele motive.

Nu se poate susține nici faptul că termenul reglementat de art. 256 ind. 2 curge de la data la care s-a luat cunoștință de actele din dosarul achiziției sub motiv că acesta este momentul la care s-a luat cunoștință de act. Curtea observă că art. 256 ind. 2 nu se referă la momentul la care s-a luat cunoștință de actele depuse de ofertanți, ci la momentul la care s-a luat cunoștință de actul atacat. Cum în speță actul atacat este raportul procedurii, contestația nu putea fi formulată decât în raport cu momentul la care s-a luat cunoștință de acest act.

[...]

În raport de aceste considerente, Curtea constată că sunt neîntemeiate criticile formulate de petente cu privire la neanalizarea de către Consiliu a motivelor dezvoltate ulterior termenului de formulare a contestației.

Faptul că o contestație formulată pe bază de presupuneri este nefondată și că prin concluzii scrise nu se poate schimba cadrul procesului, prin prezentarea motivelor concrete de contestare, a fost hotărât definitiv de instanțele judecătorești în numeroase cauze în materia achizițiilor publice, neputând fi pus la îndoială acum de către Consiliu.

Astfel fiind, Consiliul nu a analizat motivele noi, suplimentare celor din contestație, acestea fiind inadmisibile pe această cale.

Cât privește susținerile contestatoarei legate de necesitatea includerii în tariful orar ofertat a cheltuielilor de transport și cazare, precum și a unei indemnizații de delegare, se constată că o astfel de categorie de costuri nu poate fi identificată distinct nici în cazul ofertei petentei și nici în cazul asocierii declarate câștigătoare.

De asemenea, se constată că nu este adus niciun argument concret în acest sens de către petentă decât este făcută afirmația că astfel de costuri ar fi trebuit incluse, că achizitoarea nu ar fi verificat existența lor, fără însă vreo referire expresă la conținutul ofertei asocierii și a motivelor pentru care documentele depuse de asociere nu ar fi suficiente raportat la prevederile documentației de atribuire și nici la documentele întocmite de achizitoare pe parcursul evaluării.

Prin urmare, în lipsa altor susțineri, respectiv a unor dovezi care să confirme incorectitudinea fundamentării tarifului ofertat de către asocierea SRL- SRL pentru cele 8 loturi, cu toate că sarcina probei revine aceluia care reclamă (actori incumbit probatio),

obligatie prevăzută de Codul de procedură civilă la art. 249, Consiliul nu se poate transforma în mandatar al contestatoarei și să facă analiza tarifului ofertat de acest ofertant în locul acesteia.

Pe cale de consecință, Consiliul constată că sunt lipsite de temei criticile contestatoarei formulate cu privire la tariful ofertat de asocierea SRL- SRL pentru cele 8 loturi, neputând fi identificate din argumentele contestatoarei motive pentru care ar trebui pusă la îndoială evaluarea ofertei acestei asocieri. Prin urmare, nefiind constatată lipsa de temeinicie a evaluării ofertei acestei asocieri pentru toate aceste loturi, apare ca fiind justificată decizia de declarare câștigătoare a acestei oferte fapt care determină a fi lipsită de interes orice analiză a ofertei contestatoarei pentru aceste loturi datorită faptului că aceasta nu și-ar putea adjudeca contractele aferente acestor loturi nici dacă s-a constata că, contrar evaluării achizitoarei, oferta sa ar fi una admisibilă. Această concluzie a Consiliului este determinată de faptul că petenta având un tarif mai mare decât cel ofertat de asocierea SRL- SRL pentru cele 8 loturi, asociere care a obținut punctaj maxim pentru factorul de evaluare privind experiența managerului de securitate, nu are cum să obțină decât un punctaj inferior celui obținut de respectiva asociere. Astfel, deoarece o eventuală constatare a caracterului eronat în ceea ce privește oferta autoarei contestației nu i-ar profita acesteia, oferta sa neputând deveni câștigătoare a procedurii de atribuire, orice analiză din acest punct de vedere ar fi de prisos.

Pentru toate aceste motive, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu SA, prin

Contestația fiind respinsă, în conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SRL, lider al asocierii SRL- SRL, și o admite.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu SA, prin

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SRL, lider al asocierii SRL- SRL, și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat practica deciziei

...

Redactată în 5 exemplare, conține 25 pagini.