

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. 86/C3/3303

Data: 13.01.2022

Prin contestația nr. 3397/20.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 66407/21.12.2021, înaintată de către SRL, lider al Asocierii SRL- SC SRL, cu sediul în, județul, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire nr. 24678 din 14.12.2021, întocmit în procedura de licitație deschisă organizată de, cu sediul în, județul, în vederea atribuirii unui contract de „Servicii de pază pentru obiectivele aparținând unității administrativ teritoriale județul în perioada 2021-2022”, Lotul 5, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1029844 din 03.04.2021, s-a solicitat, ... SRL.

Prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. / 30.12.2021, ... SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., CUI, reprezentată legal de, administrator, a înaintat cerere de intervenție voluntară solicitând admiterea ei, respingerea, ca neîntemeiată și nemotivată în drept a contestației formulate de Asocieria SRL – SC SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația nr. 3397/20.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 66407/21.12.2021, ...SRL atacă rezultatul procedurii de atribuire 24678 din 14.12.2021 întocmit de, prin care oferta sa a fost clasată pe locul doi, iar câștigătoare fiind oferta depusă de SRL, cu o valoare de 1.294.552,80 lei, fără TVA, pentru un număr de 78.840 ore/12 luni.

Contestatoarea susține că, dacă împarte valoarea totală ofertată (1.294.552,80 lei, fără TVA) pentru un număr de 78840 ore/12 luni, rezultă un tarif de 16,42 lei/oră (respectiv o valoare ofertată de 67,02%), deși inițial valoarea ofertată a fost 1.289.822,40 lei, la numărul total de ore pază, rezulta un tarif inițial de 16,36 lei/oră (66,78%).

Conform legislației în vigoare, devizul lunar pornește de la salariul minim pe economie, 2.300 lei/lună, respectiv 13,583 lei/oră/agent securitate pentru o normă lunară de 169,333 ore, la care se adaugă toate costurile aferente, respectiv costul orelor de noapte, orele lucrate în zilele de sărbători legale, orele lucrate în zilele de sâmbătă și duminică, orele de concediu odihnă, contribuția asiguratorie pentru muncă, fond protecție persoane cu handicap.

Prezentând devizul lunar pe agent de securitate, contestatoarea susține că totalul cheltuielilor salariale (tarif, lei/oră cheltuieli salariale pentru 169,333 ore medii/lună 2021) reprezintă 7,45 lei.

De asemenea, contestatoarea arată că pentru 1 post de 24/24 ore:

- salariul minim brut de încadrare/lună, conform HG nr. 4/2021: 2.300 lei - salariul tarifar orar de 13,583 lei/oră, raportat la norma lunară de lucru = 169,333 ore/lună/agent;

- în vederea respectării prevederilor art. 126 din Codul Muncii, trebuie aplicat *sporul de noapte* 25% x 13,583 lei/ora x 30,42 zile/lună (365 zile: 12 luni) x 8 ore noapte/zi: 730 ore/lună/post = 1,13 lei/ora;

- conform prevederilor art. 137 alin.(3) din Codul Muncii *Sporul de week-end* este stabilit prin Contractul colectiv de muncă al operatorului economic - de ex. un procent de 1% - 0,14 lei, etc.

- în vederea respectării prevederilor art. 139 și 142 din Codul Muncii, și având în vedere caracterul permanent al serviciilor, angajatorul are obligația de a respecta prevederile art. 142 alin. (2) - *Spor sărbători legale, 15 zile pe an declarate oficial libere*

15 zile SL x 24 ore/zi x 13,583 lei/oră: 12 luni: 730 ore/lună/post = 0,56 lei/oră;

- conform prevederilor art. 150 (1) din Codul Muncii, indemnizația de concediu nu poate fi mai mică decât salariul de bază, adică 2300 lei: 12 luni: 169,333 ore/lună/ag = 1,13 lei/oră

- OUG nr. 79 din 8 noiembrie 2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, prevede, la art. 220³ *Cota contribuției asiguratorie pentru muncă*, în cuantum de 2,25%. Baza de calcul al contribuției asiguratorii pentru muncă este prevăzută la art. 220⁴.

Costurile anterioare sunt 16,40 lei, deci 2,25% x 16,40 lei/ora = 0,37 lei/ora

Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, modificată și completată prin OUG nr. 60/2017, prevede, la art. 78 alin. (2)-(3) că: "(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, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condițiile prevăzute la alin. (2), plătesc 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”.

Astfel, $4\% \times 2.300 \text{ lei/luna} : 169,333 \text{ ore/luna/ag} = 0,54 \text{ lei/ora}$.

Dar, la toate acestea, contestatoarea arată că este necesar să se adauge și cheltuielile indirecte și profitul, tariful orar ajungând la o valoare de peste 18 lei/oră/agent securitate.

Contestatoarea susține că ofertantul câștigător cuprinde, în cadrul devizului, cheltuieli directe și indirecte în cuantum de 2,26%.

Totodată, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite ofertantului câștigător clarificări în privința cuprinderii următoarelor cheltuieli:

- cheltuieli cu echipamentul de lucru;
- cheltuieli cu abonamente de telefonie mobilă;
- analize medicale de medicina muncii obligatorii pentru desfășurarea activității de agent securitate și avize psihologice necesare desfășurării activității de agent de securitate, obligatorii a fi întocmite în fiecare an;
- cheltuieli cu coordonarea și verificarea agenților de securitate conform condițiilor obligatorii specificate în HG nr. 301/2012 și OG nr. 1002/2016;
- deplasări la instructaje de protecția, muncii conform HG nr. 319/2006.

În continuare, contestatoarea prezintă clarificările înaintate în cadrul procesului de reevaluare ca urmare a Deciziei CNSC nr. 2049/C3/2157, 2162, 2171, 2200 din data de 14.09.2021, respectiv adresa de clarificări nr. 19220/01.10.2021.

De asemenea, contestatoarea susține că, prin răspunsul său din adresa nr. 179/05.10.2021, ofertantul a înaintat și devizul refăcut, îndreptând eroarea privind calculul concediului de odihnă, dar în același timp a scăzut valoarea cheltuielilor indirecte, păstrând aceeași valoare ofertată, respectiv cea de 16,36 lei/ora/agent securitate.

Consideră contestatoarea că, în acest moment, autoritatea contractantă trebuia să pună în aplicare dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016 și să declare oferta SC SRL neconformă și inacceptabilă, ca urmare a modificării elementelor de cost, respectiv a valorii cheltuielilor indirecte.

De asemenea, contestatoarea precizează că ofertantul câștigător a înaintat, pentru susținerea ofertării sporului de weekend cuprins în cadrul devizului prezentat, în sumă de 0,01 lei/ora, Contractul Colectiv de

Muncă înregistrat de ITM sub nr. 1521/21.02.2019 cu aplicabilitate de 24 luni, până la data de 21.02.2021. Așadar la momentul depunerii ofertei, 17.05.2021, Contractul Colectiv de Munca era expirat ca termen, ofertantul câștigător nedepunând în cadrul procedurii un alt Contract Colectiv de Muncă valabil la data ofertării.

La data de 08.10.2021, autoritatea contractantă i-a solicitat din nou ofertantului SC SRL clarificări, prin adresa nr. 19785/08.10.2021, respectiv demonstrarea timpilor de intervenție pentru subcontractantul, la care ofertantul câștigător a răspuns prin adresa nr. 184/12.10.2021, solicitând înlocuirea subcontractantului, ca urmare a neîncadrării acestuia în timpii legali de intervenție, stabiliți prin prevederile art. 97 din HG nr. 301/2012.

Totodată, contestatoarea susține că, la data de 14.10.2021, autoritatea contractantă i-a înaintat ofertantului SC SRL o altă adresă de clarificări prin care acceptă înlocuirea subcontractantului și specifică acestuia să explice modificarea valorii cheltuielilor indirecte înaintate în cadrul devizului adresei nr. 179 din data de 05.10.2021. Prin răspunsul său din adresa nr. 188/18.10.2021, ofertantul câștigător a înaintat o serie de noi clarificări modificând valoarea cheltuielilor indirecte și adăugând elemente noi de cost: materiale sanitare și de igienă etc., care inițial nu fuseseră cuprinse în cadrul clarificărilor din data de 05.10.2021.

Concluzionează contestatoarea că în cadrul cheltuielilor indirecte nu se regăsesc cheltuieli cu bocancii agenților de securitate și avizele psihologice necesare desfășurării activității de agent de securitate obligatorii a fi întocmite în fiecare an, ofertantul câștigător prezentând doar o copie a unei facturii de "control medical" nespecificându-se exact ce presupune acesta.

De asemenea, tot în cadrul cheltuielilor indirecte ofertantul câștigător nu cuprinde cheltuieli cu cei 10 agenți de securitate cuprinși în cadrul convenției încheiate cu AJO FM nr. 436/05.10.2020, considerând că aceștia sunt deja echipați, prestând la acest moment servicii de pază pe un alt contract. În mod implicit, subvenția obținută pentru aceștia a fost deja folosită pentru susținerea aceluși contract, în derulare.

În ceea ce privește profitul, din definiția legală a contractului de achiziție publică, art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016, coroborată cu dispozițiile art. 1172 Cod Civil care reglementează contractul oneros, se desprind caracterile juridice ale acestuia, între care și acela de contract patrimonial (conținutul său este evaluabil în bani) cu titlu oneros, respectiv fiecare dintre părți urmărește un folos, o contraprestație. Or, dacă înmulțește valoarea profitului cuprins de ofertantul câștigător, rezultă că acesta execută contractul pentru cele 12 luni de contract pentru valoarea de 788,70 lei (0,01 lei/ora * 78840 ore), respectiv un profit de 0,06%, o sumă aproape inexistentă pentru

un contract în care sunt implicați peste 36 agenți de securitate (4 agenți/post x 9 posturi).

Mai mult decât atât, contestatoarea înțelege că ofertantul poate folosi subvenții pentru susținerea contractului, dar autoritatea contractantă ar fi trebuit să țină cont, de asemenea, și de data începerii contractului și de numărul de luni rămas în plată pentru subvențiile primite, conform Legii nr. 76/2002. Mai exact, autoritatea contractantă specifică în cadrul caietului de sarcini că, pentru lotul 5, perioada contractuală este de 12 luni.

Ținând cont de faptul că pentru loturile 1, 2, 3 și 4 se specifică faptul că perioada contractuală este de 16 luni și durata contractului începe din data de 26.08.2021, contestatoarea înțelege că pentru lotul 5 perioada contractuală începe cu data de 01.01.2022, astfel ofertantul câștigător ar fi trebui să ia în calcul doar subvențiile pe care le-ar fi încasat în această perioadă contractuală, 01.01.2022-31.12.2022, având în vedere că oferta sa este aferentă lotului 5.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă acceptă astfel o diminuare artificială a tarifului, fără a solicita ofertantului SC SRL clarificări suplimentare care să aducă lămuriri asupra perioadei subvențiilor rămase în plată și ținând cont de faptul că acest contract începe să scurgă din data de 01.01.2022, iar subvențiile ofertantului câștigător se termină la data de 04.10.2021 (Convenția nr. 436/05.10.2020). Mai mult decât atât, valoarea subvenției este insuficientă, dacă se ține cont și de faptul că în caietul de sarcini se specifica că, pentru loturile 1-4, contractul începe cu data de 26.08.2021 și se derulează pe o perioadă de 16 luni, iar în cazul lotului 5, perioada de derulare a contractului este de 12 luni, având ca dată de începere 01.01.2022. Mai exact, ofertantul câștigător indica, în cadrul devizului prezentat, că pentru cele 78840 ore pază, aferente lotului 5, deduce o subvenție de 130 lei/oră, rezultând o valoare de 102.492 lei subvenție obținută în baza Legii nr. 76/2002 (78840 ore x 1,30 lei/oră). Dacă se face un calcul simplu, se observă că pentru cele 13 persoane (deși ofertantul câștigător face referire, în adresa de clarificări nr. 179/05.10.2021, că sunt 10 persoane pentru care se calculează subvenția) aferente Convenției nr. 436/05.10.2020, încheiate cu AJOFM, în perioada 26.08.2021 (data de început contract aferent loturilor 1, 2, 3 și 4) - 04.10.2021 (dată încetare subvenție), rezultă următoarea sumă: 13 persoane x 1 lună (luna septembrie 2021, rămasă în plată) x 2250 lei, subvenție/persoană/lună = 29.250 lei subvenție.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă ar fi trebuit să țină seama de faptul că, pentru lotul 5, contractul se desfășoară pe parcursul anului 2022 și să solicite acestui ofertant să prezinte subvenții care să acopere perioada contractuală, începând cu data de 01.01.2022.

Consideră contestatoarea că autoritatea contractantă nu a procedat la o evaluare corectă a ofertei clasate pe primul loc, în sensul verificării:

- concordanței propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini;
- conformității ofertei financiare cu propunerea tehnică;
- ofertei financiare, deoarece ofertanții prezintă un tarif orar ce nu conține toate elementele prevăzute de legislația muncii și cea fiscală, fără a respecta legislația muncii în domeniu;

- prezentarea de declarații de disponibilitate pentru persoanele pentru care ofertantul câștigător declară că primește subvenții, cu a căror valoare își reduce artificial tariful oferat deoarece aceste persoane nu sunt cele care prestează efectiv serviciile supuse achiziției și nu fac parte din personalul folosit la execuția contractului, ci sunt angajate la acest moment în alte contracte;

- valabilitatea subvențiilor nu este calculată ținând cont de perioada de desfășurare a contractului. Conform prevederilor legale, autoritatea contractantă are următoarele atribuții:

- a) deschiderea ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta;

- b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați;

- c) realizarea selecției candidaților, dacă este cazul;

- d) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;

- e) evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților în conformitate cu criteriile de atribuire;

- f) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 222 din Lege;

- g) elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor;

- h) stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;

- i) stabilirea ofertelor admisibile;

Contestatoarea susține că membrii comisiei de evaluare ar fi trebuit să dispună efectuarea de verificări efective din punct de vedere al aspectelor financiare, privind aspectele menționate.

De asemenea, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a efectuat verificări detaliate ale modului de stabilire a prețului, așa cum au fost prezentate, inclusiv sub aspectul cuprinderii în preț 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) și d) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare trebuia să constate neconformitatea ofertei depuse de SC SRL.

Contestatoarea susține că membrilor comisiei de evaluare le revenea să aprecieze justificările primite, conform prevederilor art. 127 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora, în cazul în care nu se prezintă informațiile solicitate sau aceste informații nu pot justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut, oferta este considerată inacceptabilă.

Contestatoarea arată că ignorarea unor încălcări flagrante ale legislației muncii de către persoanele ce au atribuții de verificare a legalității ofertelor reprezintă o încurajare a unei activități financiare contabile ilicite, evaziunii fiscale și a abuzurilor.

De asemenea, autoritatea contractantă avea obligația de a verifica dacă prețurile ofertate sunt rezultatul liberei concurențe și pot fi justificate și de a solicita clarificări potrivit prevederilor legale, respectiv art. 210 din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează.

Contestatoarea consideră că evaluarea ofertelor depuse într-o procedură de achiziție publică nu este un proces formal, ci reprezintă o activitate complexă a comisiei de evaluare care este ținută a se edifica pe deplin asupra caracterului serios, fundamentat al ofertei SC SRL, cu atât mai mult cu cât acest tarif are o valoare de 67,02% din valoarea estimată a procedurii.

Deși la o prima vedere este în beneficiul autorității contractante să achiziționeze servicii la prețuri cât mai reduse, în spiritul respectării principiului eficienței utilizării fondurilor publice, de multe ori riscurile sunt mult mai mari decât avantajul unui preț scăzut.

Invocând decizia Consiliu B02017_2820, contestatoarea consideră că prețul oferit nu este real și sustenabil, prestatorul angajându-se să lucreze fără profit și fără asigurarea cheltuielilor directe și indirecte. Altcumva, prețul ofertat nu reflectă în mod obiectiv posibilitatea derulării contractului în condiții de legalitate.

Contestatoarea solicită autorității contractante să solicite o situație clară cu angajații subvenționați propuși pentru executarea contractului și a licențelor de funcționare pentru ducerea la îndeplinire a sarcinilor asumate conform caietului de sarcini.

Prin adresa nr. 25612/22.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 68007/....., autoritatea contractantă a transmis copia dosarului achiziției publice necesar soluționării contestației formulate de SRL, precizând că nu formulează punct de vedere.

Prin adresa nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./30.12.2021, ... SRL a înaintat cerere de intervenție voluntară, solicitând admiterea ei, respingerea contestației formulate de Asocieria SRL – SC SRL, ca neîntemeiată și nemotivată în drept.

Intervenienta precizează că acuzațiile grave aduse autorității contractante, de contestatoare, respectiv "încalcări flagrante ale legislației muncii de către persoanele ce au atribuții de verificare a legalității ofertelor, reprezentând practic o încurajare a unei activități

financiare contabil ilicite, evaziunii fiscale și a abuzurilor", nu sunt susținute cu probe materiale sau motivate juridic.

De asemenea, intervenienta arată că aceste acuze sunt făcute pentru a se câștiga contractul sau pentru a prelungi data atribuirii lui (în prezent prestează servicii de pază la obiectivele lotului 5). Mai mult, în cadrul contestației sunt invocate aceleași motive care au constituit obiectul contestației nr. 2232/18.08.2021, ce a fost soluționată prin decizia CNSC nr. 2049/C3/2157,2162,2171,2200 din 14.09.2021, iar cele admise au fost remediate de autoritatea contractantă, ulterior fiind declarat câștigătorul. În ceea ce privește devizul lunar/agent securitate prezentat de contestatoare, intervenienta susține că este identic cu cel prezentat în oferta sa, cu excepția faptului că sporul de weekend este conform contractului colectiv de muncă, respectiv de 1 leu/lună.

Contestatoarea invocă, cu rea credință, faptul că a expirat contractul colectiv de muncă și dovedește că nu cunoaște sau, mai degrabă, omite intenționat prevederile Legii nr. 55/2020, art. 4, referitoare la prelungirea valabilității documentelor pe perioada stării de urgență și de alertă.

Intervenienta arată că această critică a fost invocată și în contestația precedentă și nu a fost admisă de Consiliu.

În ceea ce privește invocarea de către contestatoare a faptului că utilizarea sumelor rezultate din convenții pentru susținerea tarifului orar este incorectă, având în vedere faptul "că perioada contractuală pentru Lotul 5 începe de la data de 01.01.2022" și de la acea dată ar trebui luate în calcul sumele din subvenție, intervenienta menționează că este eronată și, în mod tendențios, pus acest aspect, deoarece în documentele achiziției, la fișa de date, *cap.IV.4.2 Modul de prezentare al ofertei financiare* se stipulează că "ofertanții vor putea lua în calcul doar acele beneficii, reduceri sau scutiri de taxe impozite deja obținute la data întocmirii ofertei și ținând cont de perioada pentru care acestea au fost acordate".

Mai mult, intervenienta susține că SRL critică același lucru pe care l-a utilizat ea însăși în susținerea tarifului orar, prin folosirea sumelor obținute din subvenție, pentru agenți angajați în derularea altui contract de prestări servicii.

Intervenienta arată că, în răspunsul dat autorității contractante, la solicitările de clarificări, a făcut dovada, prin documente contabile, că a constituit provizioane, în valoare de 102.375 lei (conform sumei utilizate din subvenții), pentru susținerea executării viitorului contract cu Consiliul Județean

Totodată, intervenienta menționează că această critică a fost invocată și în contestația precedentă și nu a fost admisă de Consiliu.

Referitor la cheltuielile directe și indirecte, intervenienta susține că această critică este inserată pentru faptul că nu s-au regăsit, în detalierea tarifului orar, erori pe care să le supună atenției CNSC.

Intervenienta arată că este acuzată fără temei că valoarea cheltuielilor directe și indirecte, din oferta sa financiară, este de 0,39 lei/oră, pe când oferta contestatoarei prevede 0,16 lei/oră, la aceleași cheltuieli, precizând că, din compararea celor două sume, rezultă foarte clar că valoarea ofertei contestatoarei este mult mai mică decât a ofertei sale. Mai mult, intervenienta reiterează că și această critică a fost invocată și în contestația precedentă și nu a fost admisă de Consiliu.

În ceea ce privește critica potrivit căreia, prin răspunsul la clarificările solicitate de autoritatea contractantă, societatea sa a modificat elementele de cost ale ofertei, intervenienta susține că nu are temei legal, deoarece toate erorile sesizate au fost corectate în conformitate cu prevederile HG nr. 395/2016, art. 134 alin. (7) și (8) care au fost admise de comisia de evaluare a ofertelor, având în vedere justificarea legală a acestor erori aritmetice minore.

Referitor la critica potrivit căreia nu poate îndeplini în bune condiții și obligațiile contractuale, nefiind capabil să susțină financiar diferența dintre prețul real al prestației sale și prețul scăzut pe care l-a oferit, motivând că acest tarif are o valoare de 67,02 % din valoarea estimată a procedurii, intervenienta susține că aceasta nu dovedește susținerea sa și ignoră că valoarea sa, de 69,27 % din cea estimată, este foarte aproape de cea a câștigătorului.

Intervenienta solicită Consiliului să se pronunțe în ceea ce privește legalitatea transmiterii pe e-mail a documentelor achiziției de către autoritatea contractantă către contestatoare. Concret, contestatoarea a solicitat acces la dosarul procedurii, iar autoritatea contractantă a procedat la transmiterea documentelor prin mijloace electronice. Mai mult, documentele emise de SRL, transmise de autoritatea contractantă contestatoarei, au fost autentificate, cu ștampila "conform cu originalul" și semnătura proprie, de către administratorul SRL, fără drept.

Consideră intervenienta că s-a procedat nelegal în această situație, iar contestatoarea a abuzat de clemența autorității contractante și a autentificat documente ce nu îi aparțin.

În drept, intervenienta invocă Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016 și Legea nr. 55/2020.

Prin adresa nr. 3455/30.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 68403/30.12.2021, ...SRL a transmis *Concluzii scrise* reiterând solicitările din contestația sa inițială.

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

Autoritatea contractantă a inițiat, la 03.04.2021, o licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de „Servicii de pază pentru obiectivele aparținând unității administrativ teritoriale județul în

perioada 2021-2022", defalcată pe cinci loturi, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1029844.

Nemulțumită de noul rezultat al procedurii de atribuire, pentru lotul 5, din adresa nr. 24678 din 14.12.2021, respectiv clasarea pe locul doi a ofertei sale, în timp ce oferta depusă de SRL a fost desemnată câștigătoare, ...SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea actelor care conțin acest rezultat, reevaluarea și respingerea ofertei câștigătoare.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207697910/2, în valoare de 9.084 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Arad, în data de 14.12.2021.

De asemenea, Consiliul reține că, în speță, a fost înaintată o cerere de intervenție, prin care SRL solicită respingerea contestației.

Având a analiza condițiile de promovare a intervenției, Consiliul constată admisibilitatea ei în principiu, autoarea având interesul de a fi menținută oferta sa în competiție. În același timp, raportat la tipul cererilor formulate în cuprinsul ei, Consiliul califică intervenția ca fiind în interesul autorității contractante, întrucât se apără documentele emise de aceasta din urmă.

În consecință, cererea de intervenție accesorie va fi analizată în condițiile stabilite 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.

Deoarece intervenienta susține nevoia respingerii contestației pentru lipsa unei motivări în drept a ei, Consiliul are a analiza această excepție în condițiile prevăzute la alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016, adică cu prioritate. Însă, din cuprinsul contestației rezultă, neîndoielnic, indicarea explicită a motivelor de fapt și de drept pentru care se solicită anularea actualului rezultat al procedurii, în sensul că se indică acele texte de lege/norme de aplicare a ei care ar fi incidente într-o situație, precum cea reclamată, de evaluare eronată a ofertei în cauză. În consecință, Consiliul va respinge solicitarea intervenientei, ca nefondată.

În mod subsecvent, solicitarea intervenientei de a se constata că, prin contestație, s-ar aduce aceleași critici ce ar fi fost deja soluționate de Consiliu, prin decizia emisă în precedent, va fi analizată din perspectiva excepției lucrului judecat.

Astfel, Consiliul are în vedere că părțile s-au aflat în dispută și în privința rezultatului stabilit anterior, fiind emisă Decizia CNSC nr. 2049/C3/2157,2162,2171,2200 din 14.09.2021, prin care (printre altele) s-a decis: "Admite, în tot, contestația SRL (cauza 2162/2017) și, [...] în privința rezultatului aferent lotului 5. Anulează rezultatul cuprins în raportul procedurii nr. 16001/13.08.2021 și în actele pregătitoare a acestuia și obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de

analiză a ofertelor declarate admisibile, sub aspectul justificării prețului propus, conform motivării de mai sus, în maxim 15 zile de la primirea deciziei. În același termen, oferta desemnată câștigătoare va fi reanalizată și sub aspectul conformității cu caietul de sarcini, în privința serviciilor de monitorizare și intervenție, conform motivării”.

Pentru a decide astfel, Consiliul a reținut incorecta/insuficienta analiză a ofertei desemnate câștigătoare (paginile 20-22), atât în privința conformității cu cerințele caietului de sarcini relativ la serviciile de intervenție, cât și în privința prețului ofertat/tarifului orar propus:

«Din oferta desemnată câștigătoare, rezultă doar informația că va fi subcontractantul desemnat cu asigurarea serviciilor de monitorizare și intervenție. Informațiile privind timpul de intervenție, distanțele până la obiectivele monitorizate sau numărul de echipaje și amplasarea acestora nu se regăsesc, nici în ofertă și nici în corespondența de clarificare.

La analiza susținerilor contestatoarei SRL și a apărărilor incidente ale intervenientei SRL, se confirmă depășirea timpului de intervenție minim impus pentru localitățile urbane, prevăzut în HG nr. 301/2012, în cazul evocat de acestea, respectiv, la o eventuală deplasare a echipajului între și Adjud. Deplasarea pe cale rutieră, respectând viteza legală, pe traseul indicat chiar de către intervenientă, depășește limita de timp necesară unei intervenții normată în amintita hotărâre de guvern.

În consecință, se confirmă susținerea SRL că autoritatea contractantă nu a asigurat o evaluare completă a acestui aspect de conformitate a ofertei desemnate câștigătoare.

.....

Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu a solicitat informații de justificare a prețurilor și a componentelor acestora, ci s-a limitat în a compara valorile tarifelor unitare indicate în oferte, considerând *de plano* că acestea sunt sustenabile, deși există indicii ale utilizării unor prețuri neobișnuit de scăzute.

În privința ofertei desemnate câștigătoare, aparținând SRL, Consiliul constată că se confirmă eronata calculare a nivelului orar (1,07 lei/oră) pentru indemnizația de concediu de odihnă, invocată de ambele contestatoare. Conform prevederilor art. 150 alin. (1)-(2) din Codul Muncii: (1) Pentru perioada concediului de odihnă salariatul beneficiază de o indemnizație de concediu, care nu poate fi mai mică decât salariul de bază, indemnizațiile și sporurile cu caracter permanent cuvenite pentru perioada respectivă, prevăzute în contractul individual de muncă. (2) Indemnizația de concediu de odihnă reprezintă media zilnică a drepturilor salariale prevăzute la alin. (1) din ultimele 3 luni anterioare celei în care este efectuat concediul, multiplicată cu numărul de zile de concediu.

Or, întrucât oferta desemnată câștigătoare (similar cu celelalte oferte) a prevăzut nivelul de încadrare a agenților de pază la nivelul indicat prin HG nr. 4/2021 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară (2300 lei/lună, adică la 13,58 lei/oră), este evident că, raportat la dreptul anual de concediu, nivelul teoretic al costului cu indemnizația de concediu este de 1,13 lei/oră (191,67 lei/lună). De altfel, mai multe oferte indică acest din urmă nivel al costului.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a sesizat diferențele de întocmire a costului aferent salarizării, deși toate ofertele au pornit de la același nivel al încadrării agenților de pază.

În privința altor costuri (directe și/sau indirecte), altele decât cele salariale, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a solicitat ofertantului desemnat câștigător nicio justificare. Faptul că acesta s-a angajat, inclusiv pe calea cererii de intervenție, în acoperirea tuturor costurilor, dar fără a preciza modalitatea de constituire a lor (precum cele cu dotarea agenților, instruirea și controlul lor), nu relevă realitatea prețului propus și nici că el este rezultat al liberei concurențe.

Sușinerile intervenientei SRL că, în fapt, costurile cu examinarea medicală nu le-ar suporta, întrucât aceste examinări se fac la angajare, pe seama angajaților, sunt contrare sușinerilor că intenționează utilizarea de agenți deja angajați, care ar trebui verificați medical periodic, și nu noi angajați, exclusiv, pe durata viitorului contract.

Coroborat cu aceasta, sușinerile că tariful unitar poate fi diminuat pe baza sumelor încasate din convențiile cu AJOFM, nu au fost analizate de autoritatea contractantă efectiv, în sensul că nu au fost solicitate/date asigurări și probe că sumele în cauză vor fi afectate/direcționate către susținerea prețului din viitorul contract, în sensul că subvențiile obținute ar acoperi eventuale pierderi din aplicarea unui preț sub nivelul costurilor reale.

Deși dispozițiile Legii nr. 98/2016 permit acceptarea în competiție a ofertelor cu preț neobișnuit de scăzut care ar putea beneficia de subvenții, în mod corelativ, impun și obligația autorității contractante de a solicita și verifica existența dovezilor temeinice că respectivele beneficii sunt utilizate în mod real și legal, nu doar declarativ.

În cauza de față, autoritatea contractantă nu a solicitat informații de certitudine, privitor la existența posibilității efective de suportare a costurilor diminuate pe baza convențiilor cu AJOFM».

Astfel, era obligația autorității contractante de a analiza condițiile de prestare a serviciilor de intervenție, dar și de a solicita detalii asupra modului de constituire a tarifului orar, implicit al prețului total al ofertei, în raport cu toate posibilitățile legale de care poate beneficia SRL pentru a dovedi sustenabilitatea lui, în raport cu nivelul neobișnuit de scăzut.

Prin urmare, criticile formulate de SRL, în prezenta cauză, privesc noul rezultat al procedurii, determinat după reevaluarea ofertei intervenientei, iar ele sunt împotriva acceptării unor justificări ale acesteia din urmă, în cadrul reevaluării amintite.

În consecință, aceste conduite ale autorității contractante nu puteau face obiectul unor analize precedente ale Consiliului, iar excepția în cauză, indirect invocată, va fi respinsă, ca nefondată.

Nefiind comunicat un punct de vedere la contestație, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.*

Văzând criticile formulate de contestatoare împotriva acceptării incorecte a modificării ofertei SRL, pe baza corespondenței de clarificare, Consiliul constată temeinicia lor.

La momentul constatării imposibilității de asigurare a intervenției în timpul impus prin caietul de sarcini, adică al neconformității ofertei, nu se putea admite, legal, înlocuirea subcontractantului responsabil cu activitatea respectivă, cu un alt operator economic care ar avea o altă dispunere în teren a echipajelor de intervenție. O astfel de înlocuire conduce la schimbarea propunerii tehnice, nepermisă de lege.

Singurele cazuri de admitere a posibilității de înlocuire a unui subcontractant, admise prin lege, sunt cele legate de criteriile de calificare, adică de situațiile de excludere sau/și capacitățile de derulare a activităților încredințate lui. Astfel, prevederile art. 170 alin. (1) și (2) și cele ale art. 174 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, stabilesc acest mecanism de înlocuire a subcontractantului:

Art. 170 - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica existența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.

(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.

Art. 174 - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

(2) În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe

care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.

Prin urmare, propunerea SRL de înlocuire a subcontractantului său, ..., cuprinsă în adresa nr. 184/12.10.2021, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 19785/13.10.2021, nu putea fi acceptată de comisia de evaluare/autoritatea contractantă decât prin încălcarea prevederilor exprese ale art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Corespondența în cauză confirmă autorității contractante, concordant cu cele stabilite prin decizia CNSC anterioară, imposibilitatea asigurării timpului de intervenție la care se obliga ofertantul prin propunerea tehnică, sub pretextul "nu am sesizat că subcontractantul nu îndeplinește în totalitate cerințele tehnice".

În consecință, la acel moment, autoritatea contractantă avea obligația aplicării dispozițiilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, de stabilire a neconformității ofertei și ale art. 137 alin. (1) și (3) din Normele de aplicare a legii, ce obligă la respingerea ei din competiție: *Art. 137 - (1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme. [...] (3) În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.*

Cât privește prețul ofertei, Consiliul constată, de asemenea, că autoritatea contractantă a solicitat și acceptat, în mod nepermis de lege, modificarea propunerii financiare (nu doar clarificarea ei, în sensul justificării costurilor componente).

Prin corectarea valorii aferente costului unitar cu indemnizația pentru concediul de odihnă (de la 1,07 la 1,13 lei/oră), dar prin menținerea costului total al tarifului orar, ofertantul a trebuit să modifice și nivelul costurilor directe/indirecte, de la 0,33 lei/oră la 0,39 lei/oră, pentru a da aparența menținerii valorii propunerii financiare. Această nouă modificare a fost asigurată tot ca urmare a solicitării autorității contractante, ceea ce reprezintă o nouă încălcare a prevederilor evocate ale art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, tariful orar total a fost modificat ulterior, de la 16,36 la 16,42 lei/oră, la inițiativa autorității contractante, din aceeași adresă de solicitare a "corectării" lui – nr. 20152/14.10.2021.

Prin urmare, se constată lipsa de fermitate a ofertei intervenientei, așa cum a fost înaintată autorității contractante, dar și eronata evaluare asigurată de aceasta, prin acceptarea modificării ei pe durata analizei,

ceea ce reprezintă o veritabilă negociere a elementelor ei definitorii, nepermisă de lege.

Relevantă în cauză este și statuarea din cuprinsul punctului 31 al hotărârii emise de CJUE în cauza C 336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser împotriva Manova A/S, conform cu care, în etapa de clarificare a unei oferte, nu este permisă modificarea ei semnificativă: *31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).*

Atât regulile din domeniu (sus evocate), cât și practica judiciară consacră interdicția acceptării în proceduri a ofertelor inadmisibile și eventuala modificare a statutului acestora, prin clarificările solicitate de achizitori.

În consecință, constatând eronata acceptare a ofertei SRL în prezenta procedură de atribuire, Consiliul va admite contestația împotriva rezultatului pentru lotul 5, formulată de SRL și, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va anula raportul procedurii nr. 24676/14.12.2021 și adresa nr. 24678/14.12.2021, ca act subsecvent primului și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile, de la constatarea neconformității ofertei intervenientei.

În mod implicit, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante, formulată de intervenienta SRL, întrucât s-a probat incorecta acceptare a admisibilității ofertei sale. Au caracter nefondat, de asemenea, susținerile intervenientei că autoarea contestației ar fi utilizat fără drept copii ale unor documente ce-i aparțin, ca probe în cauză. Prin cererea de intervenție, nu a fost probată o vătămare a autoarei acelor documente, care să fie cauzată de demersul contestatoarei, care a aplicat mențiunea de conformitate în sensul atestării că reprezintă documente utilizate în procedura de atribuire/din dosarul achiziției.

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

Admite, în principiu, cererea de intervenție accesorie formulată de SRL în favoarea autorității contractante.

Respinge excepțiile formulate de intervenientă, în contradictoriu cu contestatoarea, ca nefondate.

Admite contestația SRL împotriva rezultatului procedurii, pentru lotul 5, organizate de pe baza anunțului de participare nr. CN1029844/03.04.2021.

Anulează raportul procedurii nr. 24676/14.12.2021 și adresa nr. 24678/14.12.2021, ca act subsecvent primului, în privința desemnării ofertei câștigătoare.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, pornind de la constatarea lipsei de conformitate a ofertei intervenientei SRL, în 15 zile de la primirea deciziei.

Respinge cererea de intervenție accesorie aparținând S, ca nefondată.

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,
.....

.....