

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. 470/C5/353

Data: 02.03.2023

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată de emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 7058/13.02.2023, înaintată de SRL, cu sediul în municipiul, județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de, în calitate de administrator, formulată împotriva documentației de atribuire, aferente procedurii proprii, organizată de autoritatea contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de „Servicii de pază și protecție la», s-a solicitat, ...

Cererea de suspendare a procedurii a fost soluționată prin Încheierea nr. 358/C5/353 din 15.02.2023.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliu, ... SRL atacă prevederile documentației de atribuire, republicată de autoritatea contractantă, sub nr. 4434/07.02.2023, în cadrul procedurii mai sus amintite, reclamând că acestea încalcă legislația privind cuantumul minim orar obligatoriu ce trebuie achitat de angajator agenților de pază.

Analizând prevederile fișei de date a achiziției, contestatorul constată că:

- valoarea minimă a acordului-cadru este de 2.603.121,6 lei pentru cantitatea minimă de 134.320 ore;
- valoarea maximă a acordului-cadru este de 3.282.196,8 lei pentru cantitatea minimă de 169.360 ore;
- punctajul esențial este dat de tariful orar ofertat;
- valoarea tarifului orar, luat în considerare la momentul stabilirii valorii minime și maxime estimate, este de 19,38 lei/oră, fără TVA.

La data de 08.12.2022, Guvernul României a adoptat Hotărârea nr. 1.447/2022, pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, de 18,145 lei/oră.

Or, rulând numărul de ore (minim sau maxim) solicitat de autoritatea contractantă, conform posturilor de pază prevăzute în caietul de sarcini, se poate constata că, datorită valorii salariului minim garantat aprobat conform hotărârii mai sus menționate, valoarea estimată a procedurii de atribuire nu acoperă obligațiile legale ale angajatorului - respectiv salariul minim, sporul de noapte și contribuția legală pentru muncă.

Astfel, tariful maxim ofertat, de 19,38 lei/oră, nu asigură cheltuielile legale obligatorii ale angajatorului, deoarece acest tarif are în vedere valoarea orară a salariului minim din luna noiembrie 2022 și nu tariful minim orar stabilit prin HG nr. 1447/2022, de 18,145/lei/oră.

Pentru exemplificare, contestatorul prezintă un calcul al tarifului orar ce acoperă valoarea obligațiilor minime legale ale angajatorului pentru personal, rezultând un tarif de 22,681 lei/oră, pentru servicii prestate pe timp de noapte, și de 19,76 lei/oră pentru restul timpului.

Situația este identică și dacă se calculează numărul maxim de ore ale acordului-cadru.

Or, suplimentar costurilor cu salarizarea și cele aferente obligațiilor legale, ofertanții au obligația de a cuantifica, în tariful orar, costurile directe (uniforme și echipament de protecție specific, însemnele societății, ecusoane de identificare cu nume, prenume și cu denumirea societății, mijloace de autoapărare ale personalului de pază și de intervenție împotriva infractorilor, mijloace de legătură radio, baston de cauciuc, binoclu telefoane mobile, lanterne, fluier, veste reflectorizante, pelerine ploaie, cizme cauciuc, șube iarnă, bocanci, pantofi, costurile cu autoturismul, costurile cu dispeceratul, costurile cu școlarizarea și avizarea personalului, costurile aferente analizelor medicale periodice, costurile cu asigurările de răspundere profesională etc.), precum și costurile indirecte generate de prestarea serviciilor.

Astfel, atât timp cât valoarea estimată nu acoperă nici costurile reprezentând obligațiile legale privind retribuițiile personalului și taxele aferente achitate bugetului de stat, contestatorul precizează că este în imposibilitatea de a depune o ofertă conformă, admisibilă și legală.

Prin adresa nr. 5434/16.02.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 8267/17.02.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca tardivă și nefondată, dar și respingerea oricărei cereri de obligare a sa la plata cheltuielilor efectuate de contestator cu soluționarea cauzei și/sau orice cheltuieli de judecată.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în stadiul procesual anterior, ... SRL a atacat prevederile documentației de atribuire

(publicate pe site-ul propriu la 23.11.2022) care se referă la modalitatea de ajustare a prețului, fără a face obiecții privind valoarea estimată, constituirea prețului, cheltuieli ale operatorilor economici, tarife etc, deși, în susținerea primei sale contestații, precizase iminenta majorare a salariului minim pe economie.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că invocarea ulterioară a acestui aspect este tardivă.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă are în vedere faptul că (i) niciun operator economic nu a solicitat clarificări sau nu a notificat faptul că valoarea estimată și/sau prețul unitar nu ar fi corect calculate și propuse, dar și faptul că (ii) operatorii economici pot beneficia de subvențiile reglementate de Legea nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă, ceea ce reduce cheltuiela proprie a angajatorului pentru plata salariilor.

De altfel, pe piață există prețuri mai mici decât cel estimat de unitatea noastră.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, în procedură, au fost depuse două oferte (una se încadrează în valoarea estimată, cealaltă se încadrează în marja de 10%, peste valoarea estimată, acceptată de lege).

În acest context, autoritatea contractantă apreciază că SRL putea depune o oferta conformă, admisibilă și legală.

Mai mult, autoritatea contractantă precizează că SRL prestează, în prezent, serviciile de pază pentru unitatea sa, la tariful orar de 22,78 lei/oră/agent, la care se adaugă 4,3282 lei TVA, stabilit prin act adițional. Acest tarif orar are în componență suma de 0,11 lei, care nu este afectată de creșterea salariului minim pe economie (vechiul tarif fiind de 19,38 lei).

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

Autoritatea contractantă a inițiat, la 21.11.2022, o procedură proprie, în vederea încheierii unui acord-cadru de „Servicii de pază și protecție la», prin publicarea, pe site-ul propriu, a unui anunț de participare și a documentației de atribuire.

În stadiul procesual anterior, ... SRL a atacat modalitatea în care a fost întocmită documentația de atribuire, contestația fiind admisă, iar autoritatea contractantă obligată la remedierea documentației de atribuire, în sensul eliminării interdicției de ajustare a prețului pe timpul derulării contractului (Decizia nr. 158/C5/2966 din 20.01.2023).

Autoritatea contractantă a publicat documentația de atribuire, modificată după primirea Deciziei CNSC nr. 158/C5/2966 din 20.01.2023, la data de 07.02.2023, stabilind un nou termen de depunere a ofertelor, la data de 14.02.2023, ora 09:50.

Constatând că documentația de atribuire conține prevederi care, la data depunerii ofertelor, încalcă legislația privind quantumul minim orar obligatoriu ce trebuie achitat de angajator agenților de pază, fără a mai cuantifica și celelalte cheltuieli necesare prestării serviciilor de pază, ... SRL a înaintat contestația de față, solicitând, în principal, anularea procedurii de atribuire și, în subsidiar, anularea parțială a documentației de atribuire, republicată sub nr. 4434/07.02.2023 (fișa de date a achiziției - punctul II.1.5. valoarea totală estimată) și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a cerințelor documentației de atribuire.

Preliminar, CNSC constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208885881/1, în valoare de 66.500 lei, emisă de CEC Bank - Sucursala, la data de 14.02.2023.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii de atribuire, CNSC s-a pronunțat prin Încheierea nr. 358/C5/353 din 15.02.2023, respingând-o, ca nefondată.

Litigiul părților privește, în esență, ne/luarea în considerare, la stabilirea valorii estimate a acordului-cadru, la momentul modificării documentației de atribuire (în 07.02.2023) a tarifului orar, de 18,145 lei/oră, prevăzut de HG nr. 1447/09.12.2022.

Contestatorul arată că, pornind de la valoarea de 18,145 lei/oră, la care se adaugă cheltuielile directe și indirecte aferente prestării serviciilor de pază, ar fi necesar, pentru contractul supus atribuirii, un tarif de minim 22,681 lei/oră, pentru paza pe timp de noapte, și de minim 19,76 lei/oră pentru restul timpului. Astfel, tariful estimat în caietul de sarcini, de 19,38 lei/oră ar fi insuficient pentru acoperirea tuturor costurilor.

Consiliul consideră a fi neîntemeiată această critică, deoarece, la momentul inițierii procedurii de atribuire, 23.11.2022, nu era cunoscut tariful orar ce urma a se modifica la data de 09.12.2022, prin HG nr. 1477/2022., iar la momentul formulării primei contestații, autoarea acestei a nu a criticat valoarea estimată a procedurii de atribuire.

Astfel, autoritatea contractantă a stabilit valoarea estimată pe baza actelor normative aflate în vigoare la data de 23.11.2022, ceea ce dovedește o respectare a prevederilor art. 12 din Legea nr. 98/2016 [Valoarea estimată a achiziției se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire.]. O recalculare a valorii estimate, după publicarea

documentației de atribuire, din cauza modificării salariului de bază minim brut, ar constitui o încălcare a acestor prevederi.

Autoritatea contractantă nu avea cum să anticipeze modificarea legislativă din 09.12.2022.

În temeiul art. 75 din Legea nr. 98/2016, ofertanții au obligația să elaboreze propunerea financiară conform informațiilor și cerințelor prevăzute în documentele achiziției, respectiv pe baza salariului minim din data 23.11.2022.

Întrucât modificarea salariului minim pe economie este o cauză externă autorității contractante, aceasta va fi obligată ca, în derularea acordului-cadru/contractului subsecvent să ajusteze prețul, conform art. art. 222² alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (bineînțeles dacă deține fondurile bugetare necesare).

Decizia CNSC nr. 158/C5/2966 din 20.01.2023, a fost emisă tocmai în acest sens, de a fi permisă ajustarea prețului, ori de câte ori apare o modificare legislativă ce afectează și salariul minim brut. Prin această decizie Consiliul a obligat autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire, cu următoarele argumente expuse în considerentele deciziei:

„(...) potrivit art. 222² alin. (4) din Legea nr. 98/2016: «Ajustarea prețului, fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (2) și (3), este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul acordului-cadru/contractului».

Așadar, ajustarea prețului, în cazul în care au loc modificări legislative, nu este lăsată de legiuitor la latitudinea autorității contractante, deci nu este o opțiune a achizitorului, astfel cum susține acesta.

În fapt, spitalul consideră că, deși ofertantul are obligația respectării, în timpul executării contractului a salariului minim garantat (respectiv să suporte creșterile stabilite de legiuitor), decontarea serviciilor nu va ține cont de modificările legislative, intervenite după semnarea contractului, asupra salariului minim garantat.

Astfel, dacă ultimul contract subsecvent se va semna, de exemplu, în noiembrie 2024 (cu execuție până în februarie 2025), autoritatea contractantă nu va accepta modificarea prețului contractului, ca urmare a eventualei majorări a salariului minim garantat, ce poate surveni de la 1 ianuarie 2025.

Pe de altă parte, pe parcursul derulării contractelor subsecvente, în cele 24 de luni ale acordului-cadru, pot interveni modificări legislative cu impact asupra prețului contractului (cum ar fi cele referitoare la taxe, impozitul pe venit, impozitul pe salariu, contribuția de asigurare socială, contribuția de sănătate etc.).

Or, obligarea ofertantului să presteze serviciile la noile costuri (ce cuprind salarii afectate de noile taxe/impozite/contribuții), fără decontarea lor de către beneficiar (autoritatea contractantă, în speță), va produce un dezechilibru economic al contractului, respectiv o imposibilitate de finalizare a serviciilor de pază la prețurile neactualizate/neajustate.

În consecință, autoritatea contractantă este obligată ca, la stabilirea regulilor de ajustare a prețului, să respecte și prevederile art. 222 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.”.

Punând în aplicare decizia Consiliului, autoritatea contractantă a modificat documentația de atribuire, privitor la ajustarea prețului, astfel:

- în fișa de date a achiziției, secțiunea II.3:

„Ajustarea prețului se va face în condițiile legii.

Formula de ajustare/actualizare:

$$Pua = Ca + Rp$$

$$Ca = Ia \times Ci \text{ Unde:}$$

Pua = prețul unitar actualizat

Ca = componenta prețului afectată de actualizare - actualizată

Rp = restul prețului unitar (neafectat de actualizare)

Ia = indicele de actualizare (de exemplu: Ia = Salariu minim actualizat/salariu minim inițial)

Ci = componenta prețului afectată de actualizare - inițială”

- în modelul de acord-cadru:

„7. Ajustarea prețului

7.1. - Prețul Acordului Cadru poate fi ajustat în condițiile reglementate de art. 222² din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, după formula de ajustare de mai jos.

Formula de ajustare/actualizare:

$$Pua = Ca + Rp$$

$$Ca = Ia \times Ci$$

Unde:

Pua = prețul unitar actualizat

Ca = componenta prețului afectată de actualizare - actualizată

Rp = restul prețului unitar (neafectat de actualizare)

Ia = indicele de actualizare (de exemplu: Ia = Salariu minim actualizat/salariu minim inițial)

Ci = componenta prețului afectată de actualizare - inițială

Ajustarea prețului se va realiza la solicitarea scrisă și motivată a prestatorului.”

- în modelul de contract:

„17. Ajustarea prețului (...)

17.2 Prețul unitar (tariful orar) se poate ajusta numai în condițiile reglementate în documentația de atribuire și în acordul cadru.”

Astfel, după semnarea acordului-cadru, prestatorul are dreptul să solicite autorității contractante modificarea prețului acestuia, din cauza

modificărilor legislative aduse salariului minim brut, în temeiul art. 222² din Legea nr. 98/2016 și a pct. 7 din acordul-cadru.

Modul de ajustare a prețului, în astfel de situații, se găsește explicitat de ANAP (a se vedea informațiile din siteul www.anap.gov.ro, secțiunea „Documente utile, Notificări, Noutăți”, din 11.08.2021), prin „Precizări cu privire la modalitatea de ajustare a prețurilor contractelor de lucrări, ca urmare a creșterii prețurilor la materiale” (cu amendamentul că prevederile din HG nr. 395/2016, mai jos redată, au fost introduse în Legea nr. 98/2016, la art. 222², prin modificările aduse de Legea nr. 208/2022):

„Referitor la ajustarea prețului în baza art. 221 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, precizăm că, astfel cum se prevede la art. 164 alin. (4) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, în condițiile art. 221 alin. (1) lit. e) din Lege, ajustarea prețului, fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (2) și (3), este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului. (...)

În situația în care, în urma demersului efectuat conform celor de mai sus, autoritatea contractantă constată îndeplinirea prevederilor legale pentru ajustarea prețului contractului de achiziție publică/acordului-cadru, ajustarea respectivă va fi implementată **prin acordul scris al părților**, exprimat prin una dintre modalitățile prevăzute la art. 1 alin. (8) și (9) din Instrucțiunea Președintelui ANAP nr. 1/2021, după caz.”

Potrivit art. 1 din Instrucțiunea Președintelui ANAP

“(8) Acordul de voință al părților privind modificările contractuale se consemnează în scris și poate fi exprimat, în funcție de prevederile contractuale incluse în documentația de atribuire, în mai multe modalități, după cum urmează:

a) în ceea ce privește aplicarea mecanică, de strictă interpretare a clauzelor de revizuire prevăzute în mod explicit în contract, cum ar fi aplicarea unei formule de ajustare, remăsurători, acordul de voință al părților este exprimat prin semnarea contractului; această situație nu se aplică în cazul exercitării unei opțiuni, pentru că opțiunea este prevăzută ca o posibilitate în contract, dar exercitarea opțiunii nu este decisă la momentul semnării contractului;

b) în cazul în care contractul prevede astfel, unele modificări solicitate de contractant pot fi aprobate prin ordin sau instrucțiune emisă de către autoritatea/entitatea contractantă (sau de către un reprezentant împuternicit al autorității/entității contractante); în acest caz, acordul de voință al operatorului economic este exprimat prin semnarea contractului prin care a acceptat clauzele contractuale care

permit aprobarea de modificări prin ordin sau instrucțiune (în limitele definite în respectivele clauze);

c) în cazul în care contractul prevede astfel, unele modificări pot fi aprobate prin schimb de scrisori, de tip solicitare/aprobare, cum ar fi în cazul aprobării unui subcontractant sau aprobării unor experți non-cheie;

d) în toate celelalte cazuri, prin act adițional.

(9) În aplicarea alin. (8) și în situația în care este necesar un angajament bugetar suplimentar, orice creștere a valorii unui contract trebuie consemnată prin act adițional.”

În consecință, nefiind motive de modificarea a valorii estimate a acordului-cadru, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu

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,

.....