CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../C.../..., ...
Data: ....

I. Prin contestația nr. 292/04.03.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 7988/04.03.2019, formulată de SC ... SRL, cu sediul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de administrator ..., împotriva rezultatului procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019, emis de ..., cu sediul în ..., str. ..., jud. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii proprii de atribuire a contractului având ca obiect „servicii de pază”, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 3962/25.02.2019 și a actelor subsecvente;
- reanalizarea și reevaluarea ofertelor declarate admisibile depuse de ofertanții clasați pe locurile 1, 2, 3, respectiv Asocierea SC ... SRL, SC ...SRL, SC ... SRL, raportat la prevederile în materia achizițiilor publice și în conformitate cu prevederile legale referitoare la respectarea obligațiilor salariale de plată care sunt în sarcina oricărui angajator.

II. Prin contestația nr. 243/04.03.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 8042/05.03.2019, formulată de SC ...SRL, cu sediul în ..., jud. .., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., Cod unic de înregistrare RO ..., reprezentată de administrator ..., împotriva rezultatului procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019, emis de autoritatea contractantă ..., în cadrul acele... proceduri de atribuire, s-a solicitat anularea raportului procedurii, a comunicărilor emise și obligarea

autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, constând în reevaluarea ofertei financiare a Asocierii ... ... SRL - ... SRL.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările şi completările ulterioare, contestaţiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2019 şi nr. .../2019 au fost conexate pentru a se pronunţa o soluţie unitară, deoarece acestea au fost formulate în cadrul acele... etape a proceduri de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţiile formulate de SC ... SRL și SC ...SRL, împotriva comunicării rezultatului procedurii, cuprins în raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019.

I. SC ... SRL solicită Consiliului să dispună anularea raportului procedurii nr. 3962/25.02.2019, reprezentând „Comunicare rezultat procedură”, transmis în data de 27.02.2019, a actelor subsecvente și, pe cale de consecință, reanalizarea și reevaluarea ofertelor declarate admisibile depuse de ofertanții clasați pe locurile 1, 2 și 3, respectiv Asocierea SC ... SRL, SC ...SRL, SC ... SRL, raportat la prevederile legale în vigoare în materia achizițiilor publice și la respectarea obligațiilor salariale de plată aflate în sarcina oricărui angajator, precum și a prevederilor documentației de atribuire și declararea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea criteriului de atribuire.

Contestatoarea arată că în urma emiterii Deciziei CNSC nr. .../22.01.2019, a fost întocmit procesul-verbal nr. 3787/22.02.2019, prin care autoritatea contractantă a declarat câștigătoare a procedurii oferta depusă de Asocierea SC ... SRL, care a ocupat locul I în clasamentul final, cu un tarif ofertat de 11,29 lei/oră, fără TVA.

1. În ceea ce privește ofertantul clasat pe locul I, respectiv Asocierea SC ... SRL, contestatoarea arată că, în conformitate cu procesul-verbal nr. 3052/12.02.2019, autoritatea contractantă a apreciat că în speța de față nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016 cu privire la Certificatul constatator nr. 33087/08.12.2016, emis de către ..., care prevede un termen de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau a producerii evenimentului relevant, ci se aplică dispozițiile OUG nr. 34/2006, care prevedea un termen de 2 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau a producerii evenimentului relevant, termen care ar fi expirat.

În contradicție cu susținerile autorității contractante, contestatoarea menționează că Certificatul constatator nr. 33087/08.12.2016 în cauză a fost emis de către ..., iar prezenta procedură a avut termen limită de depunere a ofertelor data de 28.11.2018.

În contestație se arată că în situația în care s-ar aplica prevederile OUG nr. 34/2016, așa cum motivează autoritatea contractantă, termenul de 2 ani de la data emiterii Documentului constatator nr. 33087/08.12.2016 nu era expirat la data limită de depunere a ofertelor (28.11.2018).

Așadar, acest document fiind în vigoare la data limită de depunere a ofertelor, se impunea a fi declarat de către ofertant, iar autoritatea contractantă avea obligația legală de a-l exclude din procedură, potrivit art. 181 din OUG nr. 34/2016, secțiunea a 2-a - Selecția calificarea candidaților/ofertanților. Totodată, petenta consideră că în speța de față se aplică prevederile Legii nr. 98/2016, respectiv a art. 171 alin. (5) lit. b care prevede un termen de 3 ani de la data apariției situației, savârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant, în speța de față 3 ani de la data emiterii certificatului constatator nr. 33087/08.12.2016, de către ....

Contestatoarea recapitulează succesiunea evenimentelor deduse soluționării, astfel:

- ... a emis Certificatul constatator cu nr. 33087 în data de 08.12.2016;

- Termenul de 2 ani prevăzut de OUG nr. 34/2016 a fost modificat prin Legea nr. 98/2016, acesta fiind de 3 ani;

- Legea nr. 98/2016 a fost publicată în M.O. nr. 390/23.05.2016;

- Certificatul constatator a fost emis de către ... în data de 08.12.2016, ulterior publicării în M.O. a Legii nr. 98/2016, deci a fost emis după intrarea în vigoare a Legii nr. 98/2016.

Din aceste considerente, petenta apreciază că în cazul de față se aplică termenul de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant, prevăzut de Legea nr. 98/2016 și nu termenul de 2 ani prevăzut de OUG nr. 34/2006.

În contestație se reiterează că SC ... SRL trebuia să declare acest document în cadrul procedurii, iar autoritatea contractantă avea obligația legală de a-l exclude din procedură, cu aplicarea dispozițiilor Legii nr. 98/2016, respectiv a art. 171 alin. (5) lit. b).

Referitor la susținerile autorității contractante, respectiv că nu sunt îndeplinite cumulativ prevederile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, acesta fiind motivul care nu justifică excluderea SC ... SRL, petenta precizează că în certificatul constatator nr. 33087/08.12.2016 este menționat: *„refuzul ofertantului declarat câștigător de semnare a contractului”,* în acest context fiind invocate prevederile art. 166 alin. (8) și art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Aceasta concluzionează că refuzul de semnare a contractului evidențiat în certificatul constatator nr. 33087/08.12.2016, emis de ..., chiar dacă nu au existat prejudicii aduse autorității contactante, este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, conform prevederilor legale susmenționate.

2. Referitor la ofertantul clasat pe locul II, SC ...SRL, contestatoarea arată că în fundamentarea depusă inițial în cadrul procedurii, tariful a fost fundamentat pe 3 categorii, astfel:

- tarif pentru post de 6 ore;
- tarif pentru post de 14 ore;
- tarif pentru post de 24 ore.

Inițial, concediul de odihnă, Fondul de handicap și plata sporului de sarbatori legale nu au fost luate în calcul, însă în urma solicitării de clarificări acest ofertant și-a modificat Nota de fundamentare a ofertei de preț, procedând la includerea acestor sporuri în tarif.

De asemenea, în urma solicitării de clarificări din partea autorității contractante, acest ofertant și-a modificat valoarea convențiilor invocate a fi utilizate în această procedură la suma de 157.000 lei.

Concluzionând, petenta susține că, în urma solicitării de clarificări din partea autorității contractante, acest ofertant și-a modificat oferta, încadrându-se astfel în situațiile prevăzute la art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, contestatoarea susține că aceste modificări reprezintă, de fapt, depunerea unei noi oferte de către SC ...SRL, situația în cauză neîncadrându-se în categoria viciilor de formă și nici a abaterilor tehnice minore, astfel că oferta sa este neconformă.

3. Referitor la ofertantul clasat pe locul III, SC ... SRL, contestatoarea arată că în fundamentarea pe care a depus-o inițial, acest ofertant nu a inclus plata sporului de sărbatori legale, ceea ce a condus la o reducere artificială a tarifului.

Contestatoarea arată că numărul de sărbători legale în cursul anului 2019, pentru care trebuia calculat acest spor, este de 15 zile.

În contestație se invocă prevederile art. 142 din Codul muncii referitoare la compensarea muncii în zilele de sarbătoare și se precizează că dacă orele suplimentare și sporul de sărbători legale vor fi compensate cu zile libere aceasta va duce la o reducere artificială a tarifului.

Totodată, petenta subliniază că acest ofertant a declarat că va folosi, pentru ducerea la îndeplinire a contractului, un număr de 16 agenți în loc de 19 agenți de pază, necesari pentru ducerea la îndeplinire a contractului.

În susținere prezintă următorul calcul:

3118 ore/lună: 167,333 ore/lună, rezultă de aici că vor fi prestate peste 640 ore suplimentare lunar, a căror plată nu este evidențiată în Fundamentarea de tarif și compensarea lor cu timp liber, înseamnă compensare cu timp liber plătit.

Acest ofertant a invocat pentru plata diferenței orelor de noapte prevederile art. 126 lit. a) din Codul muncii – compensarea muncii de noapte, subliniind că ora liberă acordată trebuia plătită, *fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază*, însă această plată nu este evidențiată în conținutul fundamentării prețului ofertat.

Referitor la acest aspect, contestatoarea opinează că ofertantul și-a modificat oferta. Astfel, dacă inițial prin fundamentarea de preț a calculat

pentru 16 persoane o valoare de plătit de 30.400 lei, printr-o nouă justificare de preț a tarifului, transmisă în urma solicitării de clarificări, acesta a ofertat o valoare de 33.280 lei.

Pentru sporul de noapte, inițial, acest ofertant a prevăzut valoarea de 304 lei, iar în noua fundamentare a prevăzut o valoare de 397,20 lei, iar pentru concediul de odihnă, inițial, acest ofertant a prevăzut o valoare de 2.553,6 lei, iar în noua fundamentare a prevăzut o valoare de 2.784,32 lei.

Petenta concluzionează că, în urma solicitării de clarificări, acest ofertant și-a modificat oferta, încadrându-se, astfel, în prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, modificările făcute de acesta conduc la depunerea unei noi oferte, apreciind totodată că aceste modificări nu sunt vicii de formă și nici abateri tehnice minore, prin urmare oferta sa este neconformă.

Pentru motivele mai sus menționate, petenta solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată, respectiv solicită anularea raportului procedurii nr. 3962/25.02.2019, a celorlalte acte subsecvente și, pe cale de consecință, reanalizarea și reevaluarea ofertelor declarate admisibile depuse de ofertanții clasați pe locurile 1, 2 și 3, respectiv Asocierea SC ... SRL, SC ...SRL și SC ... SRL.

II. Prin cea de-a doua contestație, SC ...SRL solicită anularea raportului procedurii, a comunicărilor emise și obligarea autorității contractante, ..., la adoptarea măsurilor de remediere, constând în reevaluarea ofertei financiare a ... ... SRL - ... SRL.

În contestație se arată că prin Decizia nr. ... din 22.01.2019, a fost anulat raportul procedurii și s-a dispus reevaluarea tuturor ofertelor depuse. Ca urmare a reevaluării a fost întocmit raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019, în care autoritatea contractantă a consemnat ca fiind câștigătoare oferta depusă de Asocierea ... ... SRL - ... SRL.

Petenta consideră că evaluarea efectuată în această procedură nu a respectat prevederile legale aplicabile, deoarece prețul ofertat este neobișnuit de scăzut, un asemenea preț neputând fi ofertat decât în cazul nerespectării obligațiilor stabilite de Codul Muncii și prin alte acte normative.

Totodată, învederează reglementările aplicabile, cu luarea în considerare a salariului minim stabilit prin H.G. nr. 937/2018 pentru un post de pază, tariful minim care poate fi ofertat pentru un an calendaristic fiind prezentat de către contestatoare după cum urmează:

	Element de calcul	Cotă %	Suma rezultată
1	Salariul de bază lunar, stabilit prin H.G. nr. 937/2018		2.080
2	Salariul de bază exprimat în tarif orar (2.080 lei/ 167,333 de ore), stabilit prin H.G. nr. 937/2018		12,43
3	Cost salariu de bază pentru 1 an pentru 1 post de pază (12,43 lei pe oră x 365 de zile x 24 de ore)		108.886,80
4	Cost spor de noapte (12,430 lei pe ora x cotă spor de noapte x 8 ore pe zi x 365 zile)	25%	9.073,90

5	Cost spor pentru zile de sărbătoare legală (12,43 lei pe oră x 100% x 24 ore x nr. zile de sărbătoare legală)	15	4.474,80
6	Cost spor pentru muncă prestată în zilele de sâmbătă și duminică (12,43 lei/oră x 104 x 24 de ore x cota stabilită de 4%)	1,00%	310,25
7	Spor ore suplimentare (la un număr de 4 agenți pe post, la 167,333 ore se efectuează 669 ore. Într-o lună, în medie sunt 730 de ore, deci pentru 61 de ore pe lună se datorează spor de ore suplimentare)	75,00%	6.824,07
8	Cost concediu legal de odihnă (rândul 3/12 luni)		9.073,90
9	Total costuri salariale (rândurile 3+4 + 5 + 6 + 7+8)		138.643,72
10	Cost contribuție asigurătorie de muncă (2,25% din costurile salariale: rândul 9 X 2,25%)	2,25%	3.119,48
11	Total costuri cu forța de muncă (agenți de pază): rândurile 9 + 10		141.763,20
12	Alte costuri, calculat procentual față de total costuri cu forța de muncă	1,00%	1.417,63
13	Profitul societății	3,00%	4.252,90
14	Cost total 1 post de pază (rândurile 11+12+13)		147.433,73
15	Tarif orar total (rândul 13/8.760 ore)		16,83

Potrivit art. 142 alin. (2) din Codul Muncii, munca prestată în zilele de sărbători legale este remunerată suplimentar cu un spor de 100% din salariul de bază. Potrivit prevederilor art. 139 alin. (1) din Codul Muncii, într-un an calendaristic sunt 15 zile de sărbători legale declarate zile libere, nelucrătoare.

Potrivit prevederilor art. 145 din Codul Muncii, salariatul trebuie să beneficieze, anual, de un număr de 20 de zile lucrătoare de concediu de odihnă. În cazul serviciului de pază prestat încontinuu, pe perioada în care agenții se află în concediu de odihnă, trebuie asigurați alți agenți, iar această cheltuială are o influență majoră asupra fundamentării prețului. Astfel, la 12 luni costul cu concediul de odihnă pentru un agent de securitate se ridică la valoarea unui salariu brut.

Potrivit prevederilor art. 137 din Codul Muncii, atunci când angajatul lucrează și în zilele de sâmbătă și duminică, pe lângă aplicarea regulilor privind asigurarea repausului săptămânal, pentru munca prestată în zilele de sâmbătă și duminică, angajatul este remunerat suplimentar cu un spor care este stabilit prin contractul colectiv de muncă sau prin contractul individual de muncă.

Potrivit prevederilor art. 78 din Legea nr. 448/2006, angajatorii care au peste 50 de angajați trebuie să aibă un număr de 4% dintre angajați persoane cu handicap. Dacă nu are îndeplinită această cotă de angajați, atunci angajatorul are obligația să plătească lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând un salariu de bază minim brut pe țară înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap. Practic, pentru 4% din angajați, se datorează o cotă de un salariu minim brut.

În continuare, petenta arată că rolul și rostul unei societăți comerciale este întreprinderea unei activități în scop lucrativ. Or, din fundamentarea prețului prezentat de această societate, rezultă că aceasta și-a calculat prețul fără să țină cont că activitatea trebuie să genereze profit. Or, modul de fundamentare a prețului arată că societatea nu poate acoperi din suma ofertată nici măcar cheltuielile obligatorii. Un tarif orar de 11,29 lei nu respectă cerințele minime legale privind ofertarea unui preț sustenabil, din perspectiva normelor obligatorii privind salarizarea și sporurile obligatorii.

Pentru aceste motive, autoarea contestației solicită Consiliului să dispună admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 4819/07.03.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 8875/11.03.2019, ... a transmis punctul său de vedere față de contestațiile formulate de SC ... SRL și SC ... SRL, solicitând respingerea acestora ca netemeinice și nefondate.

Autoritatea contractantă precizează că a pus în aplicare prevederile Deciziei nr. 107/04/3534,3536 din 22.01.2019, în ceea ce privește oferta clasată pe locul I, depusă de Asocierea SC ... ... SRL - SC ... SRL, prin analizarea Documentului constatator nr. 33087/08.12.2016, publicat în SEAP sub nr. 73496, emis de ..., raportat la prevederile legale în materie, precum și reevaluarea tuturor ofertelor financiare declarate admisibile prin raportul procedurii întocmit cu privire la justificarea prețului ofertei la același nivel de exigență pentru toate ofertele declarate admisibile.

În punctul de vedere se arată că Certificatul constatator nr. 33087/08.12.2016 a fost emis de către ... pentru SC ... SRL în conformitate cu prevederile art. 97^1 din HG nr. 925/2006, act normativ abrogat prin apariția noii legislații în domeniul achizițiilor publice.

La punctul 5 din Certificatul constatator emis se arată: *„Ofertantul SC ... SRL, a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare, a refuzat semnarea contractului, fapt care a dus la imposibilitatea încheierii contractului de prestări servicii și anularea procedurii de achiziție publică, în temeiul prevederilor art 209 alin. (1) lit c), coroborat cu prevederile art. 204 alin. 1^1 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare”.*

Art. 209 alin. (1) lit. c) prevedea: *„Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri:*

c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”.

Art. 204 alin. 1^1 prevedea: *„1^1) În cazul în care autoritatea contractantă nu poate încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, datorită faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, atunci aceasta are dreptul să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi, în condițiile în care aceasta există și este*

admisibilă. În caz contrar, se anulează aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică".

Astfel, în accepțiunea legii civile, rezultă că ofertantul a fost într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a încheia și executa contractul, rezultând astfel că la baza deciziei sale nu a existat un motiv neîntemeiat.

Totodată, autoritatea contractantă invocă prevederile Constituției României, respectiv că *„legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile"* și ale Codului Civil care include o dispoziție asemănătoare: *„legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă, principiul neretroactivității legii civile"*.

Așadar, procedura de achiziție publică a fost desfășurată sub incidența OUG nr. 34/2006, Certificatul constatator fiind încheiat sub incidența acele... legi care, la art. 181. lit c^1), prevedea: *„în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia".*

Articolul redat a fost înlocuit cu prevederile art. 171 alin. 5. lit. b) din Legea nr. 98/2016: *„dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".*

Autoritatea contractantă a apreciat că, întrucât procedura contestată în cauză se află sub incidența legii noi, iar Certificatul Constatator fiind emis sub incidența legii vechi, acesta este prescris, caduc și astfel nu poate fi luat în considerare.

Cu toate acestea, autoritatea susține că a luat în considerare și prevederile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, respectiv: *„atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, în baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege".*

Raportându-se la prevederile precitate, autoritatea contractantă consideră că nu sunt îndeplinite condițiile cumulative stipulate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, astfel că nu a existat un motiv neîntemeiat de încheiere a contractului și nici nu au fost constatate prejudicii, neexistând plată de daune interese, aceste aspecte fiind menționate în Procesul-verbal nr. 3052/12.02.2019.

În acest context, apreciază că prima critică formulată de către contestatoare este neîntemeiată și nefondată, solicitând a fi respinsă în consecință.

Cu privire la criticile referitoare la prețul ofertat de către operatorii economici SC ...SRL, SC ... SRL, autoritatea contractantă solicită a fi respinse, întrucât, în urma transmiterii comunicărilor privind justificarea prețului ofertat, cu excepția ofertantului SC ... ... SRL, ceilalți ofertanți

au comunicat justificările solicitate, fiind încheiat procesul-verbal nr. 3787/22.02.2019.

Drept urmare, autoritatea consideră că autoarea contestației nu prezintă un interes legitim, personal, direct, născut și actual prin contestația introdusă, fiind clasată pe locul 5, ceea ce ar însemna că toate ofertele ar trebui respinse, pentru ca oferta acesteia să fie singura admisibilă.

Totodată, consideră că, deși nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a aratat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și critici precum cele de față cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate.

În ceea ce privește contestația formulată de SC ...SRL, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia, ca neîntemeiată și nefondată, arătând că sunt îndeplinite condițiile invocării excepției autorității de lucru judecat, întrucât asupra aspectelor contestate, CNSC s-a pronunțat prin Decizia nr. .../22.01.2019, contestația depusă de SC ...SRL fiind respinsă ca nefondată.

Față de cele expuse, autoritatea contractantă apreciază că a respectat principiile în materia achizițiilor publice, respectiv a analizat în mod corect ofertele depuse și, pe cale de consecință, solicită respingerea celor două contestații formulate ca fiind nefondate, netemeinice și lipsite de interes.

Față de punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă, SC ... SRL a formulat și transmis o serie de precizări, prin adresa nr. 308/11.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 9015/11.03.2019.

Referitor la certificatul constatator nr. 33087/08.12.2016, emis de către ... pentru SC ... SRL, aceasta învederează Decizia Consiliului nr. ..., în cuprinsul căreia, la pag. 8, se reține următoarele:

„Consiliul a constatat că prin refuzul de a semna contractul de achiziție publică, în calitatea de ofertant declarat câștigător, SC ... SRL se încadrează în prevederile art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016, astfel încât excluderea sa din prezenta procedură în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, apare ca fiind corectă”.

Contestatoarea concluzionează că raportat la acest Document constatator nr. 33087/08.12.2016, emis de către ..., ofertantul SC ... SRL se impunea a fi exclus din procedură, încadrându-se în prevederile art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

II. Referitor la calitatea pe care o are societatea contestatoare în ceea ce privește formularea prezentei contestații, aceasta menționează că societatea s-a situat pe locul 4 în clasament și a contestat punctual toți ofertanții care s-au situat în clasamentul financiar pe primele trei locuri.

Pe cale de consecință, există posibilitatea ca ofertele depuse de ofertanții clasați pe primele 3 locuri să fie respinse, iar de aici rezultă că este justificat un interes imediat, legitim, personal, direct, născut și actual.

Pe cale de consecință, aceasta precizează că își menține punctul de vedere exprimat în contestație și solicită, pentru motivele invocate atât în contestație, cât și în prezentele precizări, admiterea contestației așa cum a fost formulată, reiterând solicitarea de anulare a Raportului procedurii nr. 3962/25.02.2019 și a celorlalte acte subsecvente și, pe cale de consecință, reanalizarea și reevaluarea ofertelor declarate admisibile depuse în cadrul prezentei proceduri de ofertanții clasați pe locurile 1, 2 și 3.

Cu adresa nr. 5037/12.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 9625/14.03.2019, autoritatea contractantă a transmis note scrise față de precizările formulate de SC ... SRL, respectiv:

Referitor la Certificatul Constatator cu nr. 33087/08.12.2016 emis de către ... pentru SC ... SRL, cu invocarea Deciziei CNSC nr. ..., autoritatea învederează că această decizie nu este una definitivă, întrucât pe rolul Curții de Apel ... se află dosarul nr. ..., din data de 31.01.2019, având ca părți SC ... SRL, în calitate de petent și JUDEȚUL ..., alături de CONSILIUL JUDEȚEAN ..., în calitate de intimat.

În altă ordine de idei, autoritatea cobtractantă precizează că își menține punctul de vedere exprimat, anume că acest Document constatator aflat în discuție a fost emis în baza legii vechi, respectiv că se supune acelei legi. Mai mult decât atât, reiterează că nici în baza legii noi nu se îndeplinesc condițiile cumulative ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Un alt aspect semnalat de autoritatea contractantă este că Documentul constatator nr. 33087/08.12.2016 a fost emis pentru SC ... SRL or, în cadrul procedurii desfășurate, a fost depusă ofertă de către Asocierea SC ... ... SRL - SC ... SRL, o altă entitate juridică, lider al asocierii fiind SC ... ... SRL.

În susținere, autoritatea precizează că la dosarul cauzei se află Certificatele Constatatoare emise de către Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ..., însă aceste informații au fost declarate confidențiale. Astfel, apreciază că fiind 2 entități juridice diferite, fiecare operator economic răspunde pentru presupusele abateri săvârșite.

Față de cele expuse, autoritatea contractantă apreciază că a respectat întocmai principiile în materia achizițiilor publice, că a analizat în mod corect ofertele depuse și, pe cale de consecință, solicită respingerea contestațiilor formulate ca fiind nefondate, netemeinice și lipsite de interes.

Față de notele scrise transmise de autoritatea contractantă, cu adresa fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 10105/19.03.2019, SC ... SRL a formulat punct de vedere, prin care învederează Consiliului că decizia nr. ... a rămas definitivă, întrucât Curtea de Apel ... s-a pronunțat în dosarul ..., în sensul respingerii plângerii formulată de SC ... SRL.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura proprie de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază pentru perioada 01.01.2019-31.12.2019, în vederea asigurării pazei și protecției obiectivelor, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini", sens în care a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ADV 1048843/13.11.2018 împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 636.072 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut".

Conform procesului-verbal al ședinței de deschidere nr. 21681/29.11.2018, au fost depuse 8 oferte, printre care și ale celor două contestatoare.

Conform raportului procedurii nr. 22350/07.12.2018, oferta depusă de Asocierea SC ... ... SRL - SC ... SRL a fost declarată câștigătoare cu prețul de 422.426,64 lei (tarif 11,29 lei/oră).

Oferta depusă de SC ...SRL s-a clasat pe locul 2, cu un preț de 448.617,84 lei (11,99 lei/oră), iar oferta depusă de SC ... SRL s-a clasat pe locul 5, cu un preț de 504.367,68 lei (13,48 lei/oră).

Împotriva acestui rezultat, SC ...SRL și SC ... SRL au formulat contestații, asupra cărora Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. ... din 22.01.2019, potrivit căreia:

„Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Admite cererea de intervenție nr. 498/28.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 53475/28.12.2018, formulată de SC ... ... SRL.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația depusă de SC ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Anulează raportul procedurii nr. 22350/07.12.2018 și dispune reevaluarea tuturor ofertelor depuse, în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 15 zile lucrătoare de la primire.

Respinge cererea de intervenție nr. 495/28.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 53453/28.12.2018, formulată de SC ... ... SRL."

Punând în aplicare această decizie, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii 3962/25.02.2018, potrivit căruia oferta Asocierii SC ... ... SRL - SC ... SRL a fost declarată câștigătoare, oferta depusă de SC ...SRL s-a clasat pe locul 2, iar oferta depusă de SC ... SRL s-a clasat pe locul 4.

Împotriva acestui rezultat SC ... SRL și SC ...SRL au formulat prezentele contestații.

După depunerea contestațiilor, Consiliul a solicitat contestatoarelor să transmită dovada constituirii cauțiunii prevăzută la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 8448,53 lei.

Autoarele contestațiilor au depus următoarele documente în acest sens:

- SC ... SRL - recipisa nr. 2052996664/1/07.03.2019 pentru suma de 8448,53 lei, consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestaţia aferentă dosarului nr. .../2019;

- SC ...SRL - recipisa nr. ..., pentru suma de 200 lei, consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestaţia aferentă dosarului nr. .../2019.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere că suma constituită drept cauțiune de către SC ...SRL este sub valoarea de 8448,53 lei, calculată potrivit art. 61^1 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, raportat la valoarea ofertei declarată câștigătoare, de 422.426,64 lei, fără TVA, Consiliul a solicitat acestei contestatoare, prin adresa nr. 9841/...-C4/15.03.2019, să transmită, în termen de 3 zile de la primire, dovada constituirii cauțiunii până la incidența sumei de 8448,53 lei, potrivit art. 61^1 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/2018.

Până la data prezentei, SC ...SRL nu a răspuns solicitării Consiliului, deşi a primit această solicitare în data de 15.03.2019, când a fost transmisă prin poșta electronică la adresa ...achizitii@gmail.com, indicată în contestație.

Având a se pronunța asupra condiției de admisibilitate a cererii introdusă prin art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/2018, potrivit căreia contestația va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii cauțiunii, precum și cele ale art. VIII din OUG nr. 45/2018, potrivit căruia "Contestaţiile, procesele şi cererile aflate în curs de soluţionare în faţa Consiliului Naţional pentru Soluţionarea Contestaţiilor sau, după caz, a instanţelor judecătoreşti la data intrării în vigoare a prezentei ordonanţe de urgenţă continuă să se judece în condiţiile şi cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost începute", și dispozițiile art. 69 din Legea nr. 101/2016 "(1) Contestaţiile/Cererile/Plângerile aflate în curs de soluţionare la Consiliu/instanţa de judecată la data intrării în vigoare a prezentei legi continuă să fie soluţionate în condiţiile şi cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost depuse. (2) Dispoziţiile prezentei legi se aplică numai contestaţiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare", rezultă că toate contestațiile depuse după data intrării în vigoare a respectivei ordonanțe se supun legii aplicabile în momentul introducerii lor.

În concluzie, contestația fiind transmisă prin poșta electronică la data de 04.03.2019 și înregistrată la Consiliu în data de 05.03.2019, constituirea cauțiunii în cuantum de 8448,53 lei, calculat potrivit art. 61^1 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 este obligatorie.

Reţinând, aşadar, culpa contestatoarei, Consiliul va face aplicarea dispoziţiilor imperative ale art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/2018, potrivit cărora contestația va fi

respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii cauțiunii în suma prevăzută și va constata că SC ...SRL nu s-a conformat obligaţiei de comunicare, în termenul fixat, a respectivei dovezi de constituire a cauțiunii în sumă de 8448,53 lei, calculată potrivit art. 61^1 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Conform Legii nr. 101/2016, în redactarea de la data la care a fost formulată şi transmisă contestaţia:

Art. 61^1. - (1) Pentru soluţionarea contestaţiei formulate în condiţiile art. 8 sau art. 49, sub sancţiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie în prealabil o cauţiune stabilită după cum urmează:

a) 2% din valoarea estimată a contractului, în cazul în care aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările şi completările ulterioare, dar nu mai mult de 35.000 lei;

b) 2% din valoarea stabilită a contractului, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările şi completările ulterioare, dar nu mai mult de 88.000 lei;

c) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările şi completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei;

d) 2% din valoarea stabilită a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările şi completările ulterioare, dar nu mai mult de 880.000 lei.

(2) În cazul unei proceduri de atribuire a acordului-cadru, prevederile alin. (1) se raportează la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent ce se intenţionează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv.

Faţă de cele ce preced, Consiliul urmează a aplica normele obligatorii ale art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, evidenţiate mai sus şi, pe cale de consecinţă, va respinge contestaţia formulată de SC ...SRL. Văzând că normele supracitate au prevalenţă în aplicare şi împiedică organul de jurisdicţie să analizeze contestaţia pe fond sau din punct de vedere al excepţiilor, contestaţia este respinsă indiferent şi independent de analiza pe excepţie sau pe fond a ei.

Luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestaţia formulată de SC ...SRL.

În ceea ce privește excepției lipsei de interes a SC ... SRL în formularea prezentei contestații, raportat la faptul că acest ofertant este clasat pe locul 4, excepție invocată de autoritatea contractantă, Consiliul are în vedere că această contestatoare critică toate cele 3 oferte situate înaintea sa în clasament, iar în situația în care criticile se vor dovedi îndreptățite și contestația va fi admisă, SC ... SRL are șanse de a câștiga prezenta procedură.

În aceste condiții, Consiliul respinge excepția lipsei de interes a SC ... SRL în a formula prezenta contestație.

În continuare, Consiliul va analiza, pe fond, contestația depusă de SC ... SRL, prin care, acest ofertant critică toate cele 3 oferte clasate înaintea sa.

În ceea ce privește oferta clasată pe primul loc, depusă de Asocierea ... ... SRL - ... SRL, contestatoarea SC ... SRL susține incidența prevederilor 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 cu privire la Certificatul constator nr. 33087/08.12.2016, emis de ....

Consiliul are în vedere că, potrivit considerentelor Deciziei nr. ... din 22.01.2019, cu privire la Documentul constatator nr. 33087/08.12.2016, Consiliul a dispus:

„Consiliul reține că acest document constatator negativ nu a făcut obiectul vreunei analize din partea autorității contractante.

Având în vedere că potrivit prevederilor art. 127 alin. (1) din H.G. nr. 395/2018 evaluarea ofertelor este atribuția autorității contractante, Consiliul va admite această critică și va dispune analizarea Documentului constatator nr. 33087/08.12.2016, publicat în SEAP sub nr. 73496, emis de autoritatea contractantă ..., raportat la prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016."

Consiliul reține că în acest document s-a consemnat:

„5. Refuzul ofertantului câștigător de a semna contractul:

X Da Nu

Ofertantul SC ... SRL, a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare a refuzat semnarea contractului, fapt care a dus la imposibilitatea încheierii contractului de prestări servicii și anularea procedurii de achiziție publică, în temeiul prevederilor art. 209 alin. (1) lit. c), coroborat cu prevederile art. 204 alin. (1^1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Prejudicii aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: Nu."

În urma evaluării acestui document constatator, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. 3052/12.02.2019, potrivit căruia:

«3. Procedura de achiziție a fost începută în data de 28.03.2016, Anunț de publicitate nr. 32517/28.03.2016.

Conform Constituției României se prevede că „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile", iar Codul civil include o dispozitie asemănătoare: Legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă". Cu alte cuvinte, principiul neretroactivității se traduce prin faptul că un act normativ nu se aplica unor fapte din trecut. O lege intrată azi în vigoare are putere numai începand de azi, nu și pentru ceea ce s-a întâmplat până ieri.

Asta însemnă că procedura odată începută în temeiul O.U.G. nr. 34/2006, trebuie terminată în temeiul acele... legi.

Legea nr. 98/2016 a fost publicată în Monitorul Oficial cu nr. 390/23.05.2016

4. Conform OUG nr. 34/2006, art. 181 (alin. c^1) „în ultimii 2 ani nu și-a indeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile

contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia";

De reținut că în Legea nr. 98/2016, conform art. 171 alin. 5 lit. b), s-a modificat termenul, astfel: „dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".

5. Comisia de evaluare consideră că în acest caz termenul de 2 ani a expirat în temeiul OUG nr. 34/2006, deci certificatul constatator este prescris.

6. Mai mult, din analiza cerificatului constatator emis de ..., la punctul 6, autoritatea contractanta declară ca NU au fost inregistrate prejudicii aduse autorității contractante.

Asta înseamnă că nu se îndeplinesc toate condițiile necesare excluderii candidatului conf. HG nr. 395, art. 166 alin. (8) „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

7. În lumina celor arătate, comisia de evaluare decide să nu excludă operatorul participant cu denumirea: Asocierea SC ... SRL - SC ... ... SRL din procedura proprie cu nr. ADV1048843/13.11.2018 - Servicii de pază.»

Concluzia de la pct. 7 a acestui proces-verbal a fost consemnată și în raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019.

În soluționare, Consiliul are în vedere că în cazul unui certificat constatator emis ca urmare a nesemnării contractului de către ofertantul declarat câștigător sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 144 din H.G. nr. 395/2016:

„(1) Fără a afecta prevederile art. 143 alin. (2), **refuzul nemotivat** al ofertantului declarat câştigător de a semna contractul de achiziţie publică/acordul-cadru este asimilabil situaţiei prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege."

- art. 167 alin. 1 lit g) din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile".

- art. 171 din Legea nr. 98/2016:

„(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a

participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 164 şi 167 nu se aplică:

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant."

Potrivit acestor prevederi legale, situația criticată în contestație, respectiv refuzul ofertantului SC ... SRL de a încheia contractul cu autoritatea contractantă ..., este asimilabilă situaţiei prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege și se sancționează cu excluderea acestui ofertant de la procedura organizată de ..., doar în situația în care respectivul refuz a fost nemotivat. În situația prevăzută la art. 144 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 nu mai este nevoie de îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv ca încălcarea obligațiilor contractuale să fi fost repetată, iar aceasta să fi dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, singura condiție care determină încadrarea în art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 fiind aceea ca refuzul ofertantului de a încheia contractul să fie nemotivat.

Consiliul reține că în certificatul constatator nu se face referire la motivele pentru care SC ... SRL a refuzat încheierea contractului.

În acest sens, se impunea ca autoritatea contractantă ... să facă demersurile necesare la emitenta certificatului constatator și/sau la asocierea din care făcea parte acest operator economic în vederea identificării cauzelor pentru care SC ... SRL a refuzat încheierea contractului, eventual chiar prin solicitarea corespondenței între aceste părți după declarea câștigătoarei procedurii, și abia ulterior să concluzioneze dacă refuzul de a semna contractul este motivat sau nu.

Faptul că emitentul ceritificatului constatator, ..., a invocat ca motive de anulare a procedurii prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) („Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică în următoarele cazuri: c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului") și art. 204 alin. 1^1 („În cazul în care autoritatea contractantă nu poate încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare, datorită faptului că ofertantul în cauză se află într-o situaţie de forţă majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, atunci aceasta are dreptul să declare câştigătoare oferta clasată pe locul doi, în condiţiile în care aceasta există şi este admisibilă. În caz contrar, se anulează aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică.") din O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare la data inițierii procedurii în care a fost emis certificatul constator în cauză, nu înseamnă neapărat că ofertantul în cauză s-a aflat într-o situaţie de forţă majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, așa cum susține ..., procedura de atribuire putând la fel de bine, să fie anulată și

în cazul refuzului nemotivat al ofertantului de a semna contractul și nu existau alte oferte declarate admisibile.

Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante din punctul de vedere, potrivit cărora certificatul constator în cauză a fost emis doar pentru entitatea SC ... SRL, iar în procedura de față oferta a fost depusă de o altă entitate, Asocierea SC ... ... SRL – SC ... SRL, având ca lider de asociere SC ... ... SRL.

În acest sens, Consiliul are în vedere definiția de la art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016: „operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entităţi”. Conform acestei definiții, în cadrul unei asocieri, fiecare membru al asocierii, precum și asocierea sunt operatori economici. Coroborat cu prevederea de la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 („Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru **orice operator economic** care se află în oricare dintre următoarele situaţii”), rezultă că situațiile de excludere se aplică fiecărui membru al asocierii. Evident că dacă un membru al asocierii este exclus de la procedură, asocierea nu mai poate funcționa și îndeplini sarcinile pentru care a fost creată și nici de a deveni ofertant.

Este evident că în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 nu trebuie să se afle niciunul dintre membrii asocierii, cu atât mai mult cu cât la art. 170 din același act normativ se prevede obligativitatea autorității contractante de verificare a inexistenței unei situaţii de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167 și în legătură cu subcontractanţii propuşi.

Pentru aceste motive, Consiliul admite critica din contestație și dispune reevaluarea ofertei depusă de Asocierea SC ... ... SRL – SC ... SRL, în sensul verificării Documentul constatator nr. 33087/08.12.2016 emis de ... cu privire la motivele pentru care SC ... SRL a refuzat încheierea contractului și încadrarea acestei situații în prevederile art. 144 alin. (1) din H.G nr. 395/2016.

În ceea ce privește oferta clasată pe locul II, depusă de SC ...SRL, contestatoarea susține că în urma solicitării de clarificări, acest ofertant și-a modificat oferta și astfel se încadrează în prevederile art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016.

Cu privire la evaluarea ofertei financiare a SC ...SRL în considerentele Deciziei C.N.S.C. nr. ... din 22.01.2019 se arată:

„Consiliul reține că verificările autorității contractante au vizat doar justificarea subvenției acordate de stat, potrivit Legii nr. 76/2002, autoritatea contractantă neefectuând verificări și cu privire la celelate elemente ale acestuia. În consecință, Consiliul admite criticile contestatoarei cu privire la justificarea prețului privind concediul de odihnă, fondul de handicap și calculul sporului de sărbători legale și

dispune reevaluarea ofertei financiare a SC ...SRL în ceea ce privește aceste elemente ale prețului ofertei sale."

Consiliul reține că, punând în aplicare această decizie a Consiliului, autoritatea contractantă a solicitat SC ...SRL, prin adresa nr. 3118/12.02.2019, clarificări cu privire la justificarea prețului propus în oferta financiară, solicitându-i, în acest sens, prețul detaliat pe componente, între care să se regăsească, în mod obligatoriu, și valoarea concediului de odihnă, a fondului de handicap și a sporului aferent sărbătorilor legale. Cu adresa nr. 3399/15.02.2019, SC ...SRL a răspuns solicitării autorității contractante, precizând valoarea concediului de odihnă/angajat, de 3.229,73 lei, costul contribuției la fondul de handicap, de 790,40 lei/lună și sporul pentru munca prestată în timpul week-end-ului, de 0,12 lei/oră, precum și faptul că va include în ofertă și ajutorul de stat aferent a 10 convenții pe o perioadă de 10 luni, respectiv 157.500 lei.

Consiliul reține că în cuprinsul procesului-verbal nr. 3787/22.02.2019 privind evaluarea propunerilor financiare nu se face vreo referire la solicitările de clarificări adresate ofertanților și la răspunsul acestora, ci se consemnează numele celor 7 ofertanți declarați admiși în urma analizei propunerilor financiare, inlusiv SC ...SRL și SC ... SRL, concluzie reluată și în raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019.

Consiliul constată că, de fapt, autoritatea contractantă nu a evaluat răspunsul SC ...SRL prin prisma considerentelor Decizie nr. ... din 22.01.2019, în documentele depuse la dosarul achiziției negăsindu-se vreo analiză efectuată de autoritatea contractantă cu privire la răspunsul la clarificări depus de SC ...SRL, cu atât mai mult cu cât acest ofertant și-a modificat structura componentelor care au format prețul ofertei (apar următoarele elemente ale prețului: concediului de odihnă, contribuția la fondul de handicap și sporul pentru munca prestată în timpul week-end-ului, iar valoarea ajutorul de stat s-a mărit de la 81.000 lei la 157.500 lei), situație de natură a conduce la declararea ofertei ca inadmisibilă, potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016 („În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispoziţiilor alin. (1) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă").

Prin urmare, Consiliul va admite critica din contestație referitoare la oferta depusă de SC ...SRL și va obliga autoritatea contractantă să analizeze răspunsul la clarificări nr. 3399/15.02.2019 depus de acest ofertant în conformitate cu considerentele Deciziei Consiliului nr. ... din 22.01.2019 și a prevederilor legale incidente.

În ceea ce privește oferta clasată pe locul III, respectiv cea depusă de SC ... SRL, în considerentele Deciziei nr. ... din 22.01.2019, Consiliului a reținut următoarele:

„În ceea ce privește criticile contestatoarei SC ... SRL referitoare la ofertele financiare clasate pe locurile 3 și 4, depuse de S.C. ... S.R.L. și S.C. ... ... S.R.L., Consiliul constată că, așa cum s-a consemnat în raportul procedurii nr. 22350/07.12.2018, autoritatea contractantă a

solicitat justificarea prețului doar ofertanților clasați pe primele două locuri, deși au fost declarate admisibile un număr de 8 oferte.

În consecință, Consiliul admite criticile contestatoarei cu privire la lipsa justificării ofertelor financiare depuse de S.C. ... S.R.L. și S.C. ... ... S.R.L. și obligă autoritatea contractantă să reevalueze toate celelalte 6 oferte financiare (inclusiv oferta contestatoarei) declarate admisibile prin raportul procedurii cu privire la justificarea prețului ofertei la același nivel de exigență pentru toate ofertele declarate admisibile."

Punând în aplicare această decizie, autoritatea contractantă a solicitat S.C. ... S.R.L., prin adresa nr. 3119/12.02.2019, clarificări cu privire la oferta sa financiară, solicitarea având același conținut ca și cea transmisă SC ...SRL.

Cu adresa nr. 26/15.02.2019, S.C. ... S.R.L. a răspuns solicitării autorității contractante depunând „Anexa fundamentare preț cnf. HG 937/2018".

Fără a face vreo minimă și sumară evaluare, prin procesului-verbal nr. 3787/22.02.2019 privind evaluarea propunerilor financiare, autoritatea contractantă a declarat admisibilă propunerea financiară a S.C. ... S.R.L., concluzie consemnată și în raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019.

Consiliul reține că în „Anexa fundamentare preț cnf. HG 937/2018" sunt cuprinse cheltuielile raportate la un salariu brut de 2080 lei/lună pentru 167,333 ore/lună, respectiv 12,43 lei/oră, în timp ce în tabelul „Anexa fundamentare preț cnf. caiet de sarcini 16 salariați", anexat formularului de ofertă cheltuielile sunt raportate la un salariu brut de 1900 lei/lună pentru 166,667 ore/lună, respectiv 11,40 lei/oră.

În anexa la formularul de ofertă prețul ofertei este de 11,54 lei/oră, estimându-se o creștere a acestuia cu 0,50 lei/oră în cazul majorării salariului minim, ajungând la prețul ofertat de 12,04 lei/oră, preț menținut în tabelul transmis ca răspuns la clarificări.

Autoritatea contractantă trebuia să observe că acest preț de 12,04 lei/oră este mai mic decât salariul minim orar pe economie, de 12,43 lei/oră, în condițiile în care S.C. ... S.R.L. a prevăzut și alte cletuieli, respectiv concedii de odihnă, spor de noapte, spor de week-end, contribuția anagajatorului de 2,25%, cheltuieli indirecte și profit, fără să prevadă primirea unui ajutor din partea statului.

La acest tarif s-a ajuns în urma unor grave erori de calcul, sens în care Consiliul exemplifică prin următoarele:

- în anexa la formularul de ofertă rândul 1: „16 pers x 166,667 ore =666,668 ore", în realitate = 2666,672 ore;

- tariful orar se calculează împărțind cheltuielile totale lunare la numărul total de ore lucrate de toți cei 16 angajați într-o lună, formulă care nu a fost precizată nici în anexa la formularul de ofertă și nici în tabelul depus în urma solicitării de clarificări:

- aplicând formula de mai sus rezultă: 36000,80 lei/2666,672 ore = = 13,50 lei/oră (în anexa la formularul de ofertă - în loc de 11,54 lei/oră, cât a calculat ofertantul) și 37550,62 lei/(16 persoane x 167,333 ore) =

37550,62 lei/2677,328 ore = 14,02 lei/oră (în tabelul depus în răspunsul la clarificări, în loc de 12,04 lei/oră, cât a calculat ofertantul).

În aceste condiții, Consiliul constată întemeiate criticile contestatoarei SC ... SRL și dispune reevaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.R.L. în conformitate cu cele de mai sus.

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația depusă de SC ... SRL, anulează raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019 în ceea ce privește ofertele depuse de Asocierea SC ... ... SRL – SC ... SRL, SC ...SRL și S.C. ... S.R.L. și dispune reevaluarea acestor oferte în conformitate cu considerentele de mai sus.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, respinge contestaţia formulată de către SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Anulează raportul procedurii nr. 3962/25.02.2019 în ceea ce privește ofertele depuse de Asocierea SC ... ... SRL – SC ... SRL, SC ...SRL și S.C. ... S.R.L. și reevaluarea acestor oferte în conformitate cu considerentele prezentei decizii.

Măsurile dispuse vor fi duse la îndeplinire în termen de 15 zile lucrătoare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva acesteia se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 5 exemplare, conţine 21 (douăzeci și una) pagini.