



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de doamna, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de, cod CPV 79713000-5, cu data limită de depunere a ofertelor 01.02....., organizată de SA, cu sediul în, județul, CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat

La 15.03....., asocieria formată din, cu sediul în CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de domnul ..., cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ..., și SC .. SRL cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ..., a înaintat Consiliului cererea de intervenție nr. 192/ 15.03....., prin care solicită respingerea contestației SC SRL, ca neîntemeiată.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă decizia entității contractante de a desemna câștigătoare oferta depusă de asocieria SC SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, după consultarea ofertei câștigătoare, a constatat că aceasta nu a respectat modelul formularului nr. 11 - Calculație de preț, pct. 11, cheltuieli indirecte (echipament, carburant, comunicații etc), raportat la răspunsul asocierii din 23.02.....: „echipamentele necesare personalului care va efectua serviciul de pază este deținut de societatea noastră și nu vor mai exista costuri suplimentare cu achiziționarea acestora, aceeași situație o întâlnim și cu privire la telefoanele mobile, stație, etc., societatea are achiziționate toate echipamentele și obiectele de inventar necesare prestării serviciului de pază”. Răspunsul asocierii a indus în eroare entitatea contractantă, întrucât Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1802/ 2014 pentru aprobarea Reglementărilor contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate, dacă ofertantul desemnat câștigător scoate din stoc echipamentele pentru serviciul în cauză, generează cheltuieli deductibile, care trebuiau menționate în formularul nr. 11, pct. 11 - Cheltuieli indirecte (echipament, carburant, comunicații etc). Orice firma de pază trebuie să aibă în vedere: uzura, întreținerea și repararea obiectelor de inventar de mică valoare sau scurtă durată cu caracter administrativ, registrul de control la obiectiv, registrul de evenimente, registrul de evidență a accesului persoanelor la obiectiv, registrul de evidență a accesului autovehiculelor la obiectiv, registrul de evidență acces cale ferată la obiectiv, analize periodice conform Codului muncii, registrul procese-verbale predare-primire a serviciului înarmat, registrul de evidență a mișcării armamentului, registrul buletinul posturilor, jurnalul de serviciu, abonament/ cartela, carburant etc.

Entitatea contractantă nu a respectat art. 2 din Legea nr. 99/2016 când a decis declararea câștigătoare a ofertei asocierii, care nu include cheltuielile indirecte și nu respectă art. 44 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 333/2003, lege menționată în caietul de sarcini („să țină evidența armamentului și a muniției din dotarea personalului de pază, să asigure păstrarea, întreținerea, depozitarea și folosirea acestora, potrivit legii”).

Contestatoarea face referire și la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1826/2003 pentru aprobarea Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune, în care este detaliată componența cheltuielilor indirecte obligatorii societăților. Potrivit acestui ordin, Legii nr. 333/2003 și

Ordinului nr. 1802/2014, fiecare are obligația de a ține cont de cheltuielile indirecte și de a le menționa în ofertă.

Referitor la pct. 2 din formularul nr. 11, respectiv „*sporul de noapte și alte sporuri*”, asocierea a trecut un procent de 3%, procent care reprezintă doar sporul de sărbători legale, nicidecum toate sporurile, cum sunt sporul de week-end (1%), sporul de sărbători legale (100%) și concediul de odihnă obligatoriu conform prevederilor art. 137-153 din Codul muncii.

În clarificarea nr. 208/27.01....., postată în SEAP de către entitatea contractantă, aceasta menționează: „Astfel cum se precizează la pct. IV .4.2. - Modul de prezentare a propunerii financiare din Fișa de Date a achiziției, serviciile de pază solicitate înseamnă 18 posturi de pază permanente, 24 ore/zi, în fiecare zi, 518 zile, deci în total 223.776 ore de pază.” și „Operatorul economic este pe deplin responsabil de modul în care își întocmește oferta, astfel încât informațiile precizate să fie reale la data elaborării acesteia și să respecte legislația în vigoare [...]. Fiecare operator economic cunoaște exact toate sporurile pe care le acordă [...].”

Entitatea nu i-a cerut asocierii detalierea propriilor sporuri și a luat o decizie cel puțin pripită declarând admisibilă și câștigătoare oferta asocierii.

La 15.03....., asocierea SC SRL a transmis Consiliului o cerere de intervenție, în care apreciază criticile contestatoarei ca fiind nefondate, întrucât asocierea și-a întocmit propunerea financiară corespunzător cerințelor documentației, pentru 223.776 ore - 518 zile, 18 posturi de pază permanentă, cu tariful unitar de 11,15 lei/oră/post, fără TVA.

Entitatea i-a solicitat detalierea modalității de calcul al sporurilor acordate și explicarea valorii lor, de 43,50 lei (3%), raportat la prevederile art. 126 din Legea nr. 53/2003, precum și clarificări privind cheltuielile indirecte.

Prin răspunsul său, asocierea a justificat modul de calcul și a învederat motivul necotării cheltuielilor indirecte, nicidecum neluarea în considerare a acestor cheltuieli.

Organizatoarea nu a impus un nivel minim sau maxim pentru cota cheltuielilor indirecte.

Mai mult, nu intră în competența contestatorului să îi analizeze prețul oferit, ci a entității contractante.

În punctul său de vedere nr. 624/17.03..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 9551/20.03....., autoritatea contractantă susține în apărare că, în ceea ce privește propunerea financiară depusă de asociere, comisia de evaluare a constatat că are valoarea de 2.495.102,40 lei, fără TVA, care nu constituie un preț aparent neobișnuit de scăzut, la un tarif unitar de 11,15 lei/ora/post, fără TVA, reprezentând 89.55% din valoarea

estimată a contractului. Comisia a solicitat clarificări privind sporurile acordate (sporul de noapte) și cheltuielile indirecte, iar asocierea a răspuns, referitor la sporul de noapte, că va aplica prevederile art. 126 lit. b) din Codul muncii, iar cu privire la cheltuielile indirecte, că nu au fost luate în calcul deoarece, pe de o parte, asocierea are „contract încheiat cu o firmă protejată și acestea nu ar genera costuri suplimentare care să împiedice Asociația să execute un eventual contract cu”, iar, pe de altă parte, echipamentele agenților de pază, telefoanele mobile, stațiile etc., necesare prestării serviciului de pază, sunt deja achiziționate și nu generează costuri suplimentare pentru asociere.

În urma acestui răspuns, comisia de evaluare a considerat admisibilă oferta asocierii.

Ordinele nr. 1826/2003 și nr. 1802/2014, invocate în susținerea contestației, nu sunt incidente în prezenta speță.

Cu privire la cheltuielile indirecte, însăși contestatoarea precizează că *„sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei”*. Ofertanta câștigătoare, în răspunsul la solicitarea de clarificări, nu a susținut că fiecare operator economic, individual, nu ar avea cheltuieli indirecte, ca persoane juridice, ci a subliniat că, prin depunerea ofertei comune, acestea nu influențează tariful ofertat pentru prestarea serviciilor, nu generează costuri suplimentare. Verificarea modului de întocmire a situațiilor contabile ale celor trei membri ai asocierii și repartizarea cheltuielilor nu intră în atribuțiile entității contractante, ci a organelor competente ale statului.

Vizavi de respectarea prevederilor legislației privind serviciile de pază, entitatea contractantă consideră că este în totalitate obligația operatorului economic care prestează astfel de servicii, conform propunerii tehnice depuse și a planului de pază pe care, ca și furnizor de servicii de pază, îl semnează alături de entitatea contractantă și de inspectoratul județean de poliție și răspunde de eventualele nereguli constatate.

Prin calculația de preț (formularul nr 11) s-a solicitat ca ofertanții să precizeze elementele de calcul pentru determinarea tarifului ofertat pentru prestarea serviciilor de pază, însă organizatoarea nu este abilitată să verifice modul în care operatorul economic își plătește angajații, ce anume sporuri acordă, ce facilități, care diferă de la caz la caz, în funcție de interesele economice ale fiecărui operator.

Pe de altă parte, modalitatea de calcul al tarifului propusă de contestatoare nu este singura variantă posibilă pentru a executa contractul, ea fiind raportată atât la numărul de agenți apreciat ca fiind necesar pentru prestarea serviciilor cât și la numărul de ore pe

care aceștia îl lucrează lunar, în raport de modul în care operatorul să-și organizeze activitatea. Numărul de agenți este dependent de numărul de ore pe care îl prestează lunar, care diferă, ceea ce înseamnă că și cheltuielile cu concediile de odihnă pot fi mai mici, iar orele de noapte pot fi compensate cu program redus de lucru, conform prevederilor legale în vigoare.

Ofertantul declarat câștigător a prezentat formularul de ofertă însoțit de calculația de preț pentru tariful ofertat în raport cu modul în care înțelege să-și organizeze activitatea de pază, funcție de interesele economice proprii și situația economică a asocierii care a depus oferta comună. Oferta nu poate fi considerată ca fiind inacceptabilă, în condițiile în care valoarea acesteia reprezintă 89,55% din valoarea estimată a contractului.

La 31.03....., la sediul Consiliului este primit, prin serviciul poștal, un plic ce conține prima pagină a unei adrese cu nr. 208/17.03..... Nici plicul și nici pagina amintită nu cuprind vreo mențiune din care să reiasă cine este expeditorul/autorul, nu figurează denumirea vreunei societăți, vreun nume, vreo semnătură sau vreo ștampilă. În aceste condiții, nu este posibilă identificarea de către Consiliu a celui de la care provin plicul și documentul, pentru o eventuală regularizare și lărgire a cadrului procesual.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la, entitatea contractantă SA a inițiat o procedură simplificată online în vederea achiziționării de servicii de pază a obiectivelor, bunurilor și valorilor pentru sucursalele sale Mina Paroșeni și Mina Uricani, servicii estimate valoric la 2.786.011 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la, alături de anunțul de participare.

La procedură au fost depuse șase oferte, între care și aceea a SC SRL, care a fost clasată pe locul secund, câștigătoare fiind desemnată oferta asocierii SC SRL. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate

prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea căreia i-a fost atribuit contractul. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUA sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate,

astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de achizitoare în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării complete a ofertelor a fost stabilit prin raportul procedurii de atribuire nr. DC/63/06.03....., rezultat comunicat competitorilor la aceeași dată. La 10.03....., SC SRL s-a plâns entității de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 95/ 09.03....., iar SA i-a răspuns petentei cu adresa nr. 577/....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, SC SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la aceeași dată de, în interiorul termenului legal de contestare. Contestația a fost transmisă și achizitoarei în interiorul aceluiași termen, care a postat-o în SEAP.

Problema care trebuie lichidată în speța de față vizează prețul asocierii SC SRL, care, în opinia concurenței contestatoare SC SRL, nu include cheltuielile indirecte și toate sporurile necesare. Totodată, aceasta din urmă afirmă că asocierea nu a respectat formularul nr. 11 - Calculație de preț, pus la dispoziție de entitatea contractantă.

Niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește existența, în fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.2) - *Modul de prezentare a propunerii financiare*, pag. 8, a următoarei cerințe: „*Propunerea financiara va contine in mod obligatoriu 2 (doua documente): formularul de oferta (formularul 10) si Calculatia de pret a ofertantului (formular 11), din care sa rezulte explicit si concret tariful ofertat, in lei/ora/post fara TVA. Lipsa formularului de oferta*

(formular 10) sau a calculatiei de pret (formular 11) reprezinta lipsa propunerii financiare ceea ce atrage incadrarea ofertei in categoria ofertelor inacceptabile si oferta va fi respinsa."

Entitatea a pus la dispoziția operatorilor formularul nr. 11, care cuprinde următorul tabel – *Calculația de preț*:

Nr. crt	Denumire element calcul	Pondere (%)	Valoare (lei)
1	Salariu de baza brut (lunar/angajat)		
2	Spor de noapte si alte sporuri		
3	Total salar + sporuri		
4	Fond CAS		
5	Fond somaj		
6	Fond sanatate		
7	Fond accident de munca		
8	Fond asigurari sanatate		
9	Fond garantat ptr. plata creante salarii		
10	Cheltuieli cu munca vie		
11	Cheltuieli indirecte (echipament, carburant, comunicatii etc)		
12	Total 1 (rd.10+ rd.11)		
13	Profit (beneficiu)		
14	Total general (rd. 12+13)		
15	Tarif unitar orar (lei/ora/post)		

În pofida prevederilor clare și obligatorii redade mai sus, asocierea SC SRL a înțeles să depună în oferta sa un formular care nu are nicio valoare completată la poz. 11 - Cheltuieli indirecte (echipament, carburant, comunicații etc), respectiv nu cuprinde menționată și luată în calculul total nicio cheltuială indirectă. De asemenea, asocierea a indicat, la rubrica „Spor de noapte si alte sporuri”, o valoare de 43,50 lei (comparativ cu ceilalți ofertanți, care au valori de 104,17 lei - 25%, 122 lei - 25%, 200,39 lei - 13,82%, 275,67 lei - procent nementionat și 173.469,96 lei - peste 25%).

În procesul-verbal de analiză și evaluare nr. IV, comisia evaluatorie a consemnat:

[...] în rândul 2 al Calculatiei de pret reprezentând sporurile, ofertantul a precizat o pondere de 3% si o valoare de 43,50 lei, care pare aparent foarte scăzută în comparație cu ponderea si valoare calculată de ceilalți ofertanti pentru sporurile acordate angajatului (avand in vedere mai ales sporul de noapte, serviciul de paza fiind permanent, 24 ore/zi), iar in rândul 11 reprezentând Cheltuielile indirecte, ofertantul nu a completat nicio valoare.

Potrivit prevederilor art. 221 alin. 1 din Legea nr. 99/2016 si ale art. 140 din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare solicita clarificari si completări ofertantului, respectiv:

- sa precizeze modalitatea de calcul a sporurilor acordate (rândul 2 al Calculatiei de pret) si sa explice valoarea redusa a acestora, de 43,50 lei, avand in vedere prevederile art. 126 din Legea nr. 53/2003 republicata - Codul Muncii si faptul ca posturile de paza sunt permanente, 24 ore/zi, in fiecare zi, timp de 518 zile;
- sa explice de ce nu a luat in considerare cheltuieli indirecte (rândul 11 al Calculatiei de pret) la stabilirea tarifului ofertat.

În urma solicitării de clarificare primită de la entitatea contractantă, asocierea a răspuns:

Pentru posturile de permanenta 24/24 societatea noastra foloseste ca si mod de executare al serviciului programul de lucru pe 3 schimburi dupa cum urmeaza: Schimbul 1 7:00-15:00, Schimbul 2 15:00-24:00, Schimbul 3 24:00-7:00.

Dupa cum se observa din modul de desfasurare al serviciului de paza pe 3 schimburi ca si munca prestata pe timpul nopții doar salariații din schimbul 3 depasesc 3 ore de munca noaptea conform art. 125, pct. 2, lit a: (2) Salariatul de noapte reprezintă, dupa caz: a) salariatul care efectueaza munca de noapte cel puțin 3 ore din timpul sau zilnic de lucru.

Referitor la cheltuielile indirecte, menționam urmatoarele:

- acestea nu au fost luate in calcul deoarece avem contract incheiat cu o firma protejata si acestea nu ar genera costuri suplimentare care sa împiedice Asociația noastra sa execute un eventual contract incheiat cu;

- echipamentul necesar personalului ce va efectua serviciile de paza, este detinut de societatea noastra, si nu vor mai exista costuri suplimentare cu achizionarea acestuia. Aceeași situatie o întâlnim si cu privire la telefoane mobile, statii, etc. Societatea are achiziționate toate echipamentele si obiectele de inventar necesare prestării serviciului de paza.

Prin procesul-verbal de analiză și evaluare nr. V, comisia a considerat că răspunsul reprodus mai sus „este clar și explicit și nu mai sunt necesare alte clarificări”. Opinia Consiliului este contrară celei enunțate de comisie, răspunsul neputând fi considerat nici clar și nici concludent.

Relativ la cheltuielile indirecte, ele există inclusiv în cazul fiecăreia dintre cele trei societăți asociate în vederea licitării: SC Succes All Security, SC BCB Scorpion 13 SRL și SC Allcrisguard SRL. Faptul că liderul asocierii sau chiar toate trei companiile ar avea un contract cu o firmă protejată nu înseamnă că nu au niciun fel de cost indirect.

Organizatoarea a cerut ca fiecare ofertant, în tabelul din formularul nr. 11, să evidențieze distinct, poz. 11, propriile cheltuieli indirecte, cum ar fi cele cu echipamentele, carburanții, comunicațiile, iar aceste cheltuieli sunt suportate din bugetul individual al fiecărui ofertant, iar nu din bugetul unei așa-numite „firmă protejată”. Cu alte cuvinte, nu firma protejată plătește SC Succes All Security ori chiar celor trei societăți asociate costurile cu echipamentele, cu benzina/motorina, cu abonamentele de telefonie sau altele ce intră în structura costurilor indirecte.

Cu excepția asocierii în referință, toți ofertanții și-au calculat și inclus în formularul nr. 11 cheltuielile indirecte.

Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1802/2014 pentru aprobarea Reglementărilor contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate și Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1826/2003 pentru aprobarea Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune sunt elocvente în ceea ce privește costurile indirecte ce revin fiecărei societăți comerciale, costuri care nu pot fi transferate unei terțe societăți, fie ea și protejată. Altfel spus, nu este posibilă păstrarea veniturilor de

către asociere și suportarea/imputarea pierderilor unei terțe persoane.

Pe de altă parte, asocierea nu a furnizat entității achizitoare niciun document din care să reiasă veridicitatea afirmațiilor din răspunsul de clarificare: contractul cu firma protejată, nivelul cheltuielilor indirecte care este presupus a fi preluat de aceasta, documente contabile relevante.

De asemenea, asocierea nu a depus niciun act din care să reiasă că deține deja echipamentele necesare, inclusiv telefoane mobile, stații și alte obiecte de inventar sau consumabile, precum și că acestea nu generează costuri de folosință, întreținere, amortizare etc.

Din parcurgerea prevederilor reproduse ale documentației de atribuire reiese că SA a cerut operatorilor economici, distinct, completarea rubricii de cheltuieli indirecte, iar această cerință trebuia respectată și de asocierea declarată câștigătoare. Faptul că aceasta nu a completat rubrica amintită semnifică o încălcare nu doar a documentației, ci și a principiului tratamentului egal între ofertanți, încercând în acest fel să își creeze o situație privilegiată față de ceilalți ofertanți, respectiv să își fundamenteze tariful prin excluderea unor costuri obligatorii. Art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 îi impunea asocierii să elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

În considerarea celor evocate, văzând că asocierea ofertantă nu a depus la entitate formularul completat la rubrica de cheltuieli indirecte, iar răspunsul pe marginea acestuia a fost neconcludent, Consiliul determină că în mod nelegal a fost admisă și declarată câștigătoare oferta în referință.

Consecința lipsei din oferta asocierii a formularului completat corespunzător și a justificării cheltuielilor indirecte constă în respingerea fără ezitare a ofertei, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 140 alin. (4) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 (*„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*), singura decizie legală cu privire la aceasta fiind cea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu entității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor

documentației. Comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de evidențiere și justificare a cheltuielilor indirecte, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, de către fiecare ofertant în parte.

Elocvente sunt și dispozițiile art. 142 din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016:

(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 222 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, respectiv de documente privind, după caz și fără a se limita, prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă.

Nici în prezent, în oferta asocierii nu există vreun contract încheiat cu o firmă protejată și nu sunt individualizate cheltuielile indirecte, ceea ce cade în culpa exclusivă a asocierii.

De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite în documentațiile de atribuire:

- deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016 (particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare.), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Similar, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie

2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”

Pe de altă parte, prin acceptarea conduitei contestatoarei s-ar înfrânge principiul tratamentului egal între ofertanți, întrucât ceilalți participanți la procedura de achiziție au fost diligenți și au inclus în formularul nr. 11 cheltuielile cerute de organizatoare.

Astfel fiind, Consiliul determină că în mod nelegal SA a considerat concludent răspunsul asocierii nr. 139/23.02..... și i-a declarat admisibilă și câștigătoare oferta, cele reținute mai sus ducând la infirmarea acestei măsuri, la anularea raportului procedurii nr. DC/63/ 06.03..... prin care a fost stabilit rezultatul evaluării ofertelor și la obligarea entității contractante la reevaluarea acestora.

Nici răspunsul la prima întrebare adresată de entitate nu poate fi considerat edificator, întrucât asocierea nu explică prin niciun calcul cum reușește să limiteze cuantumul sporurilor lunare la doar 43,50 lei. Achizitoare a solicitat: *„să detaliați modalitatea de calcul a sporurilor acordate (rândul 2 al Calculației de preț) și să explicați valoarea redusă a acestora, de 43,50 lei (3%), având în vedere prevederile art. 126 din Legea nr. 53/2003 republicată - Codul Muncii și faptul că posturile de paza sunt permanente, 24 ore/zi, în fiecare zi, timp de 518 zile”,* iar asocierea a răspuns că: *„doar salariații din schimbul 3 depășesc 3 ore de muncă noaptea conform art. 125, pct. 2, lit a: (2) Salariatul de noapte reprezintă, după caz: a) salariatul care efectuează munca de noapte cel puțin 3 ore din timpul sau zilnic de lucru.”* Niciunde, în cuprinsul răspunsului său, asocierea nu detaliază vreun mod de calcul al sporurilor, nu doar al celui pentru munca de noapte, și nici nu explică valoarea de 43,50 lei, mărginindu-se să afirme că doar salariații din schimbul 3 depășesc 3 ore de muncă noaptea.

În contextul în care nu rezultă cu certitudine că prețul ofertei asocierii include plata tuturor cheltuielilor minime legale, entitatea contractantă trebuie să aprecieze că există un risc privind legalitatea propunerii financiare, împrejurare în care îi revine obligația să clarifice acest aspect anterior considerării admisibilității sau

inadmisibilității/respingerii ofertei. Dacă răspunsurile care vor fi primite nu *demonstrează cu claritate* includerea în tariful orar ofertat a cheltuielilor amintite, entitatea este îndrituită și obligată să respingă oferta în cauză. Orice decizie a entității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe simple aprecieri ale membrilor comisiei de evaluare, care în speță pot favoriza o ofertantă care a propus un tarif cu încălcarea legislației muncii, dar și a celei privind achizițiile publice. Este evident că omiterea anumitor elemente de cost din structura tarifului conduce la încălcarea principiului tratamentului egal între ofertanți.

Tariful serviciilor de pază trebuie să acopere și costul sporurilor și al concediului de odihnă, chiar dacă durata contractului este mai mică de un an (decizia civilă nr. 4152 din 15 septembrie 2015 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal):

În contestație, niciun moment nu s-a indicat modul în care se va acoperi acordarea acestor drepturi ale angajaților, petenta rezumându-se la a arăta următoarele:

- pentru sporul de noapte, faptul că legea nu impune doar acordarea unui spor, ci și posibilitatea reducerii programului de lucru;
- pentru sporul pentru munca prestată în zilele de sărbătoare legală, faptul că regula este acordarea de timp liber corespunzător, iar doar cu titlu de excepție un spor;
- pentru concediul de odihnă, faptul că, perioada contractului fiind limitată la 8 luni, nu este obligată să acorde concedii de odihnă angajaților, dar și faptul că le poate acorda concediile după finalizarea perioadei de 8 luni a contractului, fără a afecta, astfel, valoarea acestuia.

Cu toate că, admitând aceste explicații, reducerea programului de lucru/acordarea de timp liber corespunzător presupune, de asemenea, costuri pentru societatea ofertantă, întrucât – serviciul de pază/patrulare având caracter de continuitate – orele neacoperite trebuie efectuate de alte persoane, plătite de asemenea, petenta nu a indicat cum anume se reflectă aceste costuri cu „alte persoane” în fundamentarea prețului.

Susținerea petentei că, durata contractului fiind de 8 luni, nu este obligată să acorde concedii de odihnă angajaților este absolut surprinzătoare. A pretinde că un angajat, dacă nu are un contract încheiat pe cel puțin un an, nu are dreptul la concediu de odihnă pentru intervalul mai scurt de un an este cu totul în afara legii, iar dacă petenta procedează astfel, ea este în afara legii.

Împrejurarea că textul legal vorbește de concediu care se acordă anual nu înseamnă decât că durata concediului, de minim 20 de zile lucrătoare, se raportează la un an de zile, nicidecum că o durată mai scurtă a contractului de muncă nu ar presupune acordarea de concediu de odihnă, desigur proporțional cu durata contractului.

Separat de cele expuse, nici prin argumentarea probatorie din cererea de intervenție și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, asocierea SC SRL nu reușește să probeze realitatea tarifului orar de 11,15 lei, prin prisma cheltuielilor indirecte și a sporurilor acordate agenților de pază.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se reține că, în cauza aflată pe rol, evaluarea ofertei respectivei

asocieri nu a fost realizată în mod riguros, ceea ce a determinat nerespectarea dispozițiilor legale de către comisia evaluatorie și nelegalitatea admiterii ofertei, precum și a clasamentului ofertanților. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL nr./....., în contradictoriu cu SA, va anula raportul procedurii nr. DC/ 63/06.03..... și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport al procedurii, în termen de douăzeci de zile, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice sectoriale.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să le comunice noul rezultat al procedurii de atribuire conform Legii nr. 99/2016 și normelor de aplicare.

Relativ la cererea de intervenție aparținând asocierii SC SRL, Consiliul ia act că această asociere are calitatea de ofertantă declarată câștigătoare, la care se referă cererea, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP a contestației SC SRL în cadrul anunțului de participare nr./..... [art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016], motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Din parcurgerea cuprinsului cererii se vedește că ea este de sprijinire a poziției și apărării entității contractante, fără nicio pretenție proprie cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, context în care se deduce că cererea este de intervenție voluntară accesorie în favoarea entității contractante.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție aparținând asocierii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC SRL nr./....., în contradictoriu cu SA, și anulează raportul procedurii nr. DC/63/06.03....., precum și adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă entitatea la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a

documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice sectoriale, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea noului raport al procedurii, entitatea va comunica operatorilor economici implicați rezultatul procedurii potrivit legislației aplicabile.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 192/15.03....., depusă de asocieria SC SRL, și o respinge ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în cinci exemplare, conține cincisprezece pagini.