str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., cu sediul în mun..... nr....., înmatriculată la... al... cu nr...., având cod unic de înregistrare..., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii simplificate, emis de către ....., cu sediul în mun....., nr...., sector..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul încheierii acordului-cadru având ca obiect: „..." - cod..., s-a solicitat:

1. Obligarea autorității contractante să-i asigure acestuia accesul la dosarul achiziției publice și, în special, la solicitările de clarificări adresate ofertantului... în cadrul procesului de reevaluare a ofertei financiare a acestuia, derulat ca urmare a... nr...., precum și la răspunsurile/clarificările transmise de acest ofertant și la documentele justificative care le însoțesc;
2. Anularea raportului procedurii nr.... și a comunicării nr.... privind rezultatul reevaluării, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora;
3. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei financiare depuse de ofertantul... cu respectarea întocmai a considerentelor... nr...., a documentației de atribuire și a legislației aplicabile.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr....., cu sediul în mun....., camera... bl...., ap...., sector..., înmatriculată la... al... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator, transmite cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, prin care solicită:

- respingerea contestației.

În luarea deciziei **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., împotriva rezultatului prezentei proceduri, contestatorul solicită cele prezentate în partea introductivă a prezentei decizii.

Preliminar, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt.

Invocând dispozițiile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale art. 217 alin. (6) din aceeași lege, contestatorul susține că acestea nu sunt aplicabile cu privire la obligarea autorității contractante să-i asigure accesul la dosarul achiziției publice, respectiv, la solicitările de clarificări adresate ofertantului declarat câștigător în cadrul reevaluării și la răspunsurile acestuia.

Totodată, subliniază că, spre deosebire de contestația inițială, prezenta solicitare de acces vizează, în mod specific, documentele generate în cadrul etapei de reevaluare desfășurate ca urmare a... nr...., respectiv, solicitările de clarificări adresate ofertantului... cu privire chiar la aspectele reținute de Consiliu în motivarea deciziei sale (sporul de noapte, sporul de weekend, indemnizația de concediu de odihnă), precum și răspunsurile acestui ofertant la respectivele solicitări.

Susține că, fără acces la informații... este în imposibilitate obiectivă de a stabili dacă reevaluarea ofertei... s-a realizat cu respectarea întocmai a considerentelor... nr...., respectiv, dacă deficiențele constatate de Consiliu au fost efectiv remediate ori justificate corespunzător de către ofertant sau dacă, dimpotrivă, autoritatea contractantă s-a limitat la o reevaluare pur formală.

Totodată, raportat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, contestatorul invocă încălcarea principiului transparenței.

Cu privire la nelegalitatea reevaluării ofertei..., prin raportare la considerentele... nr...., afirmă că raportul procedurii nr...., întocmit în urma reevaluării, nu respectă considerentele deciziei, pentru motivele arătate în continuare.

Referitor la sporul de noapte, precizează că ofertantul câștigător nu a inclus în tariful de.../oră costurile suplimentare pentru salariatul care îl înlocuiește pe cel cu program redus (care beneficiază de sporul de noapte conform art. 126 lit. a) din Codul muncii) și indemnizația de concediu aferentă, precizând totodată că autoritatea contractantă a menținut același tarif din evaluarea inițială anulată, fără a verifica includerea acestor costuri, nerespectând astfel... nr.....

Cu privire la sporul de week-end, apreciază că aceeași regulă de la sporul de noapte se aplică și sporului pentru munca în zilele de repaus săptămânal (art. 137 din Codul muncii). Ofertanții trebuie să includă în preț atât acest spor, cât și costurile cu agenții suplimentari care îi înlocuiesc pe cei aflați în repaus. Nici în acest caz, Raportul procedurii nr.... nu arată că autoritatea contractantă ar fi verificat dacă ofertantul câștigător a inclus aceste costuri suplimentare în tarif, deși, structura ofertei sale financiare a rămas neschimbată față de prima evaluare.

În ceea ce privește indemnizația de concediu de odihnă, precizează că CNSC a reținut că oferta câștigătoare este fundamentată eronat, deoarece, indemnizația de concediu pentru postul de 24/24 ore a fost calculată doar

pe baza salariului minim brut, ignorând sporurile permanente obligatorii conform Codului muncii.

În plus, menționează că ofertantul a menținut același tarif (.../oră) pentru posturile de 8 și 9 ore, fără a include sporul pentru ora suplimentară, iar autoritatea contractantă a acceptat oferta fără verificări sau justificări.

Din punctul său de vedere, autoritatea avea obligația să excludă prețurile fără suport legal și să asigure fezabilitatea financiară a contractului, nu să accepte decizii comerciale care viciază procedura.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr..... transmite cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, prin care solicită respingerea contestației.

Acesta apreciază că este neîntemeiată și nefondată critica referitoare la sporul de noapte... susținând că a detaliat modul de calcul al valorii ofertate și, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, a demonstrat faptul că agenții înlocuitori/suplinitori beneficiază nu doar de salariul de bază, ci și de celelalte drepturi salariale și costuri aferente, iar modalitatea efectivă de compensare a muncii de noapte, a fost demonstrată inclusiv grafic, prin repartizarea personalului.

Astfel, în opinia sa, contestatorul își incriminează, de fapt, propria ofertă.

În opinia sa, este neîntemeiată și nefondată critica referitoare la sporul de week-end... susținând că a demonstrat aplicarea și respectarea acestui drept în conformitate cu prevederile art. 137 din Codul muncii.

... afirmă că toți salariații implicați în îndeplinirea contractului beneficiază de sporul de week-end în condițiile stabilite prin raportul de muncă.

Și sub acest aspect... consideră că... își incriminează, de fapt, propria ofertă.

... subliniază că, referitor la indemnizația de concediu de odihnă, aceasta este, de asemenea, nefondată și neîntemeiată, deoarece contestatorul critică valoarea și modalitatea de calcul utilizate de..., deși oferta sa este inferioară, cu atât mai mult cu cât contestatorul aplică aceeași compensare a muncii de noapte, prin reducerea programului de lucru cu o oră și, astfel, acesta își incriminează, din nou, propria ofertă.

Față de susținerea contestatorului cu privire la tariful unitar aferent posturilor de 8 ore și 9 ore... subliniază că tarifele ofertate de societatea sa sunt identice, respectiv.../oră, însă modalitatea de fundamentare a acestora a fost prezentată și explicată prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

În acest sens, dorește să evidențieze că... ofertează atât pentru postul de 8 ore, cât și pentru postul de 9 ore, un tarif identic, respectiv.../oră pentru ambele posturi.

În concluzie, susține că simplul fapt că tariful unitar este identic nu poate reprezenta, în sine, un motiv de nelegalitate, atâta timp cât acesta a fost fundamentat și explicat autorității contractante.

Cu privire la punerea în aplicare a... nr..... este de părere că autoritatea contractantă nu s-a limitat la o simplă menținere formală a

rezultatului anterior, ci a procedat la solicitarea clarificărilor și la reevaluarea aspectelor dispuse prin....

... consideră esențial a fi evidențiată structura de fundamentare a prețului utilizată de contestator în cadrul aceleiași proceduri, sens în care face trimitere la prețurile ofertate de acesta.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere față de contestația formulată de..., solicitând respingerea contestației, menținerea raportului procedurii și a comunicării privind rezultatul procedurii, împreună cu dosarul achiziției.

Față de criticile contestatorului, autoritatea contractantă prezintă modalitatea de evaluare a ofertei..., evidențiind o serie de aspecte:

În ceea ce privește critica privind reevaluarea ofertei..., prin raportare la considerentele... nr...., autoritatea detaliază modul de analizare a fundamentării financiare, având în vedere solicitarea de clarificări nr.... și răspunsul nr...., subliniind faptul că acestea au fost efectuate cu maximă atenție, cu mențiunea că modul de fundamentare se regăsește în răspunsul la solicitarea de clarificări nr.....

În continuare, pentru a scoate în evidență modul de fundamentare a ofertei financiare, autoritatea prezintă, sub formă tabelară, în oglindă, ambele oferte, pe punctele contestate de către....

Totodată, autoritatea inserează extras din punctul de vedere nr.... transmis de ofertantul..., cu privire la caracterul confidențial al documentelor depuse, susținând că acesta a respectat și justificat toate cerințele prin fundamentarea formularului de ofertă depus la secțiunea formulare.

Astfel, aceasta apreciază că a rămas fără fundament contestația depusă de..., întrucât au fost verificate și îndeplinite toate aspectele semnalate de contestator cu privire la oferta declarată câștigătoare.

Prin urmare, autoritatea susține că, în desemnarea ofertei câștigătoare s-a ținut cont de utilizarea eficientă a fondurilor publice și, raportat la dispozițiile legale, evaluarea ofertelor s-a întreprins într-o manieră corectă, în sensul că fiecare ofertă, inclusiv cea a contestatorului, a avut un tratament egal.

Urmare a solicitării contestatorului privind accesul la dosarul achiziției, potrivit adresei nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., având în vedere documentele depuse de... în cadrul procedurii de atribuire sus-menționate, marcate „CONFIDENȚIAL”, respectiv oferta tehnică și oferta financiară, precum și raportat la faptul că... solicită „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr....., Consiliul îi solicită ofertantului... să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în

care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr...., republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală."

... răspunde prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., invocând, în susținerea confidențialității ofertei sale, următoarele prevederi legale: art.... alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 40 alin. (2) lit. i) și art. 163 alin. (1) din Legea nr. 53/2003; art. 15 (2) din Directiva 93/96; jurisprudența CJUE.

Prin adresa nr....., Consiliul îi comunică contestatorului... termenul de studiere a dosarului cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de....

Ulterior studierii dosarului cauzei... formulează concluzii scrise prin adresa înregistrată la CNSC sub nr...., prin care menționează că, din punctul său de vedere, explicațiile comunicate prin răspunsul nr.... de către... la solicitarea de clarificări nr.... a autorității contractante nu demonstrează în mod concludent fezabilitatea și sustenabilitatea costurilor care au stat la baza tarifului ofertat. De asemenea, clarificările nu țin seama de toate elementele avute în vedere de Consiliu în motivarea Deciziei nr.....

Referitor la sporul de noapte, contestatorul face trimitere la graficul pentru postul de 24 ore/24 ore, anexat răspunsului nr.... la solicitarea de clarificări nr...., enumerând o serie de exemple, susținând că, potrivit acestora, rezultă că agenții din turele de noapte, care au efectuat minim 3 ore, prestează efectiv 12 ore continuu, în intervalul orar... și astfel, nu există o reducere a programului de lucru cu 1 oră, astfel încât să devină aplicabile dispozițiile art. 126 lit. a) din Codul muncii.

De asemenea, subliniază că, în opinia sa, acest grafic este lipsit de concludență și nu susține justificările aduse de ofertantul... pentru a demonstra sustenabilitatea și fezabilitatea tarifului ofertat, prin aplicarea dispozițiilor art. 126 lit. a) din Codul muncii. Referitor la sporul de week-end, având în vedere Decizia nr...., și raportat la răspunsul nr...., susține că acesta nu conține nicio mențiune din care să rezulte modul în care au fost incluse în tariful ofertat aceste costuri suplimentare, în condițiile în care valoarea și structura ofertei financiare au rămas nemodificate față de evaluarea inițială. Având în vedere același răspuns la solicitarea de clarificări, și având în vedere punctul de vedere al autorității contractante, contestatorul susține că, referitor la indemnizația de concediu de odihnă, modul de evaluare este nelegal, sens în care face trimitere la art. 50 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 și la Decizia nr.....

Totodată, susține că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile Consiliului și s-a limitat doar la o simplă preluare a clarificărilor formulate de către ofertantul supus reevaluării, pe care le-a considerat concludente prin comparație cu oferta sa.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr..... transmite concluzii scrise față de concluziile scrise ale contestatorului, solicitând respingerea contestației și a susținerilor dezvoltate ulterior prin concluzii scrise, ca fiind neîntemeiate.

Având în vedere că autoritatea contractantă a efectuat reevaluarea dispusă de Consiliu, că... a furnizat clarificările și justificările solicitate fără modificarea propunerii financiare, că elementele de cost contestate au fost fundamentate și explicate în cadrul reevaluării, precum și că o parte semnificativă dintre criticile formulate sunt contrazise inclusiv de propria fundamentare economică a contestatorului... solicită Consiliului să respingă, ca neîntemeiată, contestația formulată de... și, pe cale de consecință, să mențină rezultatul procedurii stabilit de autoritatea contractantă în urma reevaluării.

Conținutul detaliat al concluziilor scrise nu va fi redat în cuprinsul prezentei decizii, dar va fi luat în considerare la soluționarea contestației.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din... în cuantum de..., eliberată de....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „...".

În cauza care formează obiectul prezentei... GROUP S.R.L. (clasat pe locul I) a formulat cererea de intervenție la contestație transmisă pe email în data de... fiind înregistrată la CNSC sub nr.... și sub nr.... și care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante. Ținând seamă de dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că... GROUP S.R.L. în cadrul procedurii în cauză, are calitatea de ofertant clasat pe locul I, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din Cpc., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 o va analiza împreună cu contestația formulată de....

Având în vedere solicitarea contestatorului privind accesul la dosarul achiziției și ținând seama de faptul că înscrisurile depuse de... GROUP S.R.L. în cadrul procedurii de atribuire au fost marcate „CONFIDENȚIAL", respect*iv propunerea* tehnică și propunerea financiară, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul, în exercitarea rolului său activ, nu s-a limitat la a lua act de mențiunile declarațiilor de confidențialitate, ci, prin adresa nr....., a solicitat intervenientului să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale", să justifice această încadr*are și să*

*demon*streze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

... a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr.... arătând că declarația de confidențialitate vizează „întreaga ofertă și în special propunerea tehnică și financiară”*, întrucât acestea „sunt specifice proprii modului de organizare* a activității din *punct de vedere tehnic și financiar”, motiv pentru care a considerat necesar ca acestea să fie inclu*se în sfera secretului comercial, că modalitatea de realizare a serviciilor prezentată în propunerea tehnică reprezintă un rezultat din experiența dobândită în contractele executate până în prezent și că accesul competitorilor săi i-ar prejudicia interesul legitim de a menține secrete informațiile referitoare la relația cu partenerii.

Din analiza răspunsului, Consiliul reține că aceste justificări nu sunt de natură a demonstra caracterul confidențial al înscrisurilor declarate ca atare și nici prejudiciul care ar urma să fie produs în urma dezvăluirii lor, deoarece toate se rezumă la reproducerea definiției legale a secretului comercial și a unor considerente de principiu desprinse din jurisprudența invocată, fără a indica, în concret, care anume informații din cuprinsul ofertei ar întruni condițiile prevăzute de art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, din ce motive acestea ar dobândi o valoare comercială prin însuși caracterul lor secret și în ce ar consta, efectiv și previzibil, iar nu doar ipotetic, paguba pe care divulgarea lor ar produce-o.

În acest sens, s-a pronunțat și... prin Hotărârea nr. 525/..., pronunțată în dosarul nr...., reținând că restricționarea accesului la dosarul achiziției publice pentru motive de confidențialitate este o excepție de la principiul transparenței procedurii de atribuire și, ca orice excepție, este de strictă interpretare și aplicare, precum și că o declarație de confidențialitate întemeiată exclusiv pe o clauză contractuală „nu este suficientă în sine pentr*u a dovedi caracterul confidențial al informațiilor din oferta acestui operator economic, cât timp nu se arată, în concret, de ce acele informații sunt confidențiale, dincolo de convenția părților în sensul unei confidențialități de plano”, un raționament contrar presupun*ând ca, prin simplul acord de voință al părților unui contract de prestare a unor servicii ce urmează a fi ofertate într-o procedură de atribuire, să fie golite de conținut dispozițiile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și să fie anihilat dreptul celorlalți participanți la o cale de atac efectivă, inclusiv la documentele privind justificarea prețurilor. Rezultă astfel că, accesul ofertanților la dosarul achiziției publice constituie regula, iar restricționarea reprezintă excepția, aceasta din urmă fiind posibilă numai cu privire la informații din propunerile tehnice, din propunerile financiare și din fundamentările sau justificările de preț ori de cost, singurele categorii pe care legiuitorul le-a avut în vedere, astfel încât documentele de calificare rămân, din start, în afara sferei înscrisurilor la care poate fi restricționat accesul pe motiv de confidențialitate, oricare ar fi mențiunile declarației depuse de ofertant.

Consiliul nu are opțiunea de a acorda sau de a refuza accesul ofertanților la dosarul achiziției publice, ci are obligația de a asigura accesul neîngrădit la informațiile pentru care caracterul confidențial nu a fost dovedit, ca efect al principiului transparenței consacrat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, restricționarea accesului pe motive de confidențialitate constituind o excepție de la acest principiu și, ca orice excepție, fiind de strictă interpretare și aplicare, cu atât mai mult cu cât, în același sens, Curtea de Justiție a... a statuat, în cauza C-9... /..., că oferta, privită în ansamblul său, nu poate fi considerată confidențială, operatorul economic având doar posibilitatea de a indica anumite informații ca fiind confidențiale, iar cererea sa motivată rămâne supusă deciziei ulterioare a autorității contractante și, eventual, a organismului care controlează deciziile acesteia.

Consiliul mai reține că, potrivit art. 57 alin. (1) teza a doua din Legea nr. 98/2016, *„Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/ informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”*, iar, potrivit alin. (4) teza a doua al aceluiași articol, informațiile indicate ca fiind confidențiale *„trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”*, normă care fixează deopotrivă natura cerinței și momentul la care aceasta trebuie îndeplinită, respectiv la depunerea ofertei, astfel încât dovada caracterului confidențial să devină parte a ofertei.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul a pus la dispoziția contestatorului, care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, documentele aflate la dosarul constituit la Consiliu, motiv pentru care capătul de cerere privind obligarea autorității contractante să asigure accesul la dosarul achiziției publice urmează a fi respins, ca rămas fără obiect.

Prin contestația care face obiectul prezentei... este nemulțumit de faptul că, în urma reevaluării dispuse prin Decizia nr...., autoritatea contractantă a menținut oferta... GROUP S.R.L. drept câștigătoare, apreciind că decizia Consiliului nu a fost pusă în aplicare în mod corespunzător.

Consiliul reține că, anterior, în cadrul acestei proceduri, a fost formulată contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., formulată de..., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, prin care se critică modul de evaluare a ofertei clasate înaintea sa, respectiv, cea aparținând... GROUP S.R.L., apreciind că oferta acesteia din urmă trebuia respinsă, ca neconformă, deoarece, propunerea financiară nu este elaborată conform cerințelor documentației de atribuire și a legislației muncii în vigoare.

... nr...., Consiliul a dispus următoarele: „Admite contestația formulată *de... în contradictoriu cu ....., anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei... GROUP S.R.L. cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor*

legale și a celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare. Pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de... GROUP S.R.L..

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare."

Decizia Consiliului nr.... nu a fost atacată cu plângere de către nici una din părți, prin urmare, aceasta a rămas definitivă și irevocabilă, iar, cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat.

În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte, întocmai, decizia pronunțată.

În cadrul contestației care face obiectul prezentei... critică, din nou, oferta... GROUP S.R.L., sens în care Consiliul apreciază că se impune a reitera considerentele Deciziei nr....:

*„Din analiza contestației, se reține că... (clasat pe locul 2) critică modul de evaluare a ofertei clasate înaintea sa, respectiv, cea aparținând... GROUP S.R.L., apreciind că oferta acesteia din urmă trebuia r**espinsă, ca neconformă, deoarece, propunerea financiară nu este elaborat**ă conform cerințelor documentației de atribuire și a legislației muncii în vigoare, motiv pentru care, Consiliul va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire, cât și la legislația specifică în materie.*

Astfel, potrivit Fișei de date, pct. IV.... „Modul de prezentare al propunerii financiare", autoritatea contractantă a solicitat:

„..., care se încarcă în rubrica Oferta financiară, va include următoarele elemente ce vor fi criptate:

i. Completarea valorii Ofertei de preț în rubrica special dedicată;

ii. Formularul de... (conform formularului pus la dispoziție de Autoritatea Contractantă în Secțiunea D - Propunerea financiară are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.

Cu excepția erorilor aritmetice, astfel cum sunt acestea definite la art. 134 alin.(10) din Anexa la H.G. nr.395/2016/ art.... alin. (9) din Anexa la H.G. nr. 394/2016, nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare.

Prin erori aritmetice în sensul acestor dispoziții se înțeleg inclusiv următoarele situații:

a) în cazul unei discrepante între prețul unitar și prețul total, va fi luat în considerare prețul unitar, iar prețul total va fi corectat în mod corespunzător;

b) dacă există o discrepanță între litere și cifre, trebuie va fi luată în considerare valoarea exprimată în litere, iar valoarea exprimată în cifre va fi corectată corespunzător".

De asemenea, în caietul de sarcini s-a solicitat:

„Modul de prezentare a propunerii financiare:

- *Pentru servicii de paza se va prezenta oferta cu prețul/oră pe fiecare post din care reiese valoarea totală pentru un maxim de ore, exprimată în lei, fără TVA, după cum urmează:*

1 post /8 ore în zile lucrătoare, valabil de la... până la... (respectiv... ore).

1 post i9 ore în zile lucrătoare, valabil de la... până la... (respectiv... ore).

7 posturi de pază, 24/24 ore valabile de la... până la... (respectiv... ore,

De asemenea, ofertanții au obligația de a detalia în cadrul propunerii financiare și modul de fundamentare a tarifului unitar ofertat, tarif unitar care va respecta legislația privind nivelul de salarizare pentru anul....

- *Pentru servicii de monitorizare și intervenție rapidă se va prezenta, tariful abonament lunar pentru fiecare obiectiv, în lei, fără TVA, respectiv TVA inclus.*
- *Acest tarif va include un număr nelimitat de alarme reale, precum se a unui număr nelimitat de intervenții în caz de efracție, în tariful ofertat, fără costuri suplimentare. Echipa mobila va interveni în cazul unui număr nelimitat de alarme false, în tariful ofertat, fără costuri suplimentare. Oferta financiara va include in fiecare luna o alarma de testare a intervenției echipei mobile, respectiv de verificare a respectării termenelor maximale de intervenție al echipei mobile, atât pe timp de zi (maxim 10 minute de la declanșarea alarmei) cat si pe timp de noapte (maxim 5 minute de la declanșarea alarmei).”*

Din analiza cerințelor mai sus iterate rezultă faptul că ofertanții aveau obligația de a detalia și include în cadrul propunerilor financiare raportat la salariul minim pe economie toate sporurile legale (de exemplu: spor de noapte, spor de weekend, sărbători legale, ore suplimentare) cheltuielile directe (ca de exemplu: mijloacele tehnice de apărare și de protecție cu care este dotat, uniforme, spray iritant lacrimogen, baston de cauciuc, lanterna și telefon mobil sau radiotelefon etc.) și indirecte inclusiv fondul de handicap. De asemenea, având în vedere că natura contractului de achiziție publică ce urmează a se încheia este unul oneros, este evident că, la stabilirea propunerii financiare trebuie avut în vedere și o cotă de profit.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție publică, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

... nr.... pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe tara garantat în plată, s-a stipulat că:

„Art. 1. - Începând cu data de 1 ianuarie..., salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, prevăzut la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de... lunar, pentru un program normal de lucru în medie de... ore pe lună, reprezentând 24.../oră”.

... de ofertă... GROUP S.R.L. a ofertat o valoare totală de 1.... și un tarif unitar/oră de... pentru un post de 8 ore, de... pentru post de 9 ore și un tarif /oră de... pentru postul de 24 ore.

În ceea ce privește „Sporul de noapte”, aferent postului 24/24 ore, se reține că... GROUP S.R.L. nu a optat pentru varianta prevăzută de art. 126 lit. b) din Codul muncii (acordarea sporului de 25% din salariul de bază pentru munca prestată în timpul nopții), ci, pentru varianta alternativă prevăzută de art. 126 lit. a) din Codul muncii (program de lucru redus cu o oră fată de durata normală a zilei de muncă, pentru zilele în care se efectuează cel puțin 3 ore de muncă pe noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază).

Având în vedere justificarea lipsei acordării sporului de noapte de 25%, Consiliul reține că, atunci când se optează pentru soluția prevăzută la art. 126 lit. a) din Codul muncii, respectiv reducerea programului agentului de securitate cu o oră se ajunge la următoarea situație: agentul pentru care s-a redus programul de lucru va fi plătit tot pentru 24 ore, deci angajatorul va achita salariul întreg, iar, pentru ora dată liberă agentului (respectiv ora a 24-a oră) va fi necesar să se achite salariul unui alt agent. Ceea ce înseamnă că, pentru 24 de ore lucrate, angajatorul plătește, în realitate, 25 de ore (adică 24 de ore pentru agentul căruia i s-a redus programul de muncă cu 1 oră, dar care beneficiază de salariul pentru 24 de ore + 1 oră pentru agentul care îl înlocuiește în ora liberă pe agentul care a beneficiat de ora liberă).

Astfel, pe de-o parte, ora liberă acordată angajatului, conform lit. a) a art. 126 din Codul muncii, este plătită, iar, pe de altă parte, în respectiva oră un alt agent de securitate va presta serviciul de pază, agent care va fi de asemenea plătit pentru serviciul său. Prin urmare, deși propunerea unui număr mai mare de agenți și acordarea unei ore libere conduce la eliminarea din costuri a sporului de noapte de 25%, în realitate valoarea cheltuielilor este de fapt mai mare decât în situația în care ar fi fost plătit sporul respectiv.

Prin urmare, neincluderea în tariful ofertat a sporului de noapte de 25%, motivat de prevederile art. 126 lit. a) din Codul muncii, nu poate fi reținută ca sustenabilă în condițiile în care ora liberă acordată angajatului, este plătită, iar, pe de altă parte, în respectiva oră, un alt agent de securitate va presta serviciul de pază, agent care, va fi, de asemenea, plătit pentru serviciul său, costuri care trebuiau avute în vedere și incluse în tariful ofertat.

Consiliul reține că, ofertanții care au uzat în elaborarea propunerii financiare pentru lucrul în timpul nopții, de prevederile art. 126 lit. a) din Codul muncii, prin reducerea timpului de lucru al salariatului care a lucrat minimum trei ore în timpul nopții cu o oră, pentru această oră, sunt obligați a avea în vedere toate drepturile bănești cuvenite atât salariatului care a beneficiat de reducerea programului de lucru (salariu de bază se indemnizație de concediu), cât și salariatului înlocuitor în această oră, adică salariul de bază și indemnizația de concediu cuvenită acestuia pentru ora de muncă prestată, iar nu doar salariul de bază cuvenit salariatului înlocuitor pentru munca prestată. Ori, ținând seamă de dispozițiile legale mai sus iterate, această justificare nu poate fi acceptată, câtă vreme, suplimentarea agenților salariați pe timp de noapte, astfel încât, nici un salariat să nu efectueze mai mult de 3 ore, implică costuri care trebuiau avute în vedere și incluse în tariful ofertat.

Acest raționament este pe deplin aplicabil și în cazul „Sporului de weekend" care este fundamentat pe baza dispozițiilor art.137 alin.2 din Codul muncii, respectiv:

„(2) În cazul în care repausul în zilele de sâmbătă și duminică ar prejudicia interesul public sau desfășurarea normală a activității, repausul săptămânal poate fi acordat și în alte zile stabilite prin contractul colectiv de muncă aplicabil sau prin regulamentul intern.

(3) În situația prevăzută la alin. (2) salariații vor beneficia de un spor la salariu stabilit prin contractul colectiv de muncă sau, după caz, prin contractul individual de muncă.",

deoarece și în acest caz ofertanții trebuie să aibă în vedere pe lângă sporul la salariu stabilit conform CCM și de costurile aferente suplimentării agenților pe perioada repausului la care angajații au dreptul.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă avea obligația de a evalua ofertele financiare ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus în acest sens.

Nu este lipsit de importanță nici modul eronat de stabilire a costului aferent „indemnizației CO", la postul 24 /24 ore în cuantum de.../lună pe care ofertantul declarat câștigător l-a stabilit prin raportare la salariul de bază minim în cuantum de... lunar, fără a include indemnizațiile/sporurile cu caracter permanent, astfel cum impun prevederile art. 150 alin. (1) și (2) din..., care stipulează:

„Art. 150. - (1) Pentru perioada concediului de odihnă salariatul beneficiază de o indemnizație de concediu, care nu poate fi mai mică decât salariul de bază, indemnizațiile și sporurile cu caracter permanent cuvenite pentru perioada respectivă, prevăzute în contractul individual de muncă.

(2) Indemnizația de concediu de odihnă reprezintă... zilnică a drepturilor salariale prevăzute la alin. (1) din ultimele 3 luni anterioare celei în care este efectuat concediul, multiplicată cu numărul de zile de concediu".

Mai mult, Consiliul reține că ofertantul desemnat câștigător a ofertat același tarif de.../oră atât pentru postul de 8 ore cât și pentru cel de 9 ore fără a indica pentru tariful de 9 ore acordarea unui spor aferent orei în plus prestate.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă avea obligația de a evalua ofertele financiare ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus în acest sens. Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei, trebuie să țină cont de toate cerințele exprese ale documentației de atribuire, astfel încât, nu pot propune prestarea unor servicii ce nu respectă toate cerințele exprese ale autorității contractante, doar în baza unor simple decizii comerciale, în încercarea de fi declarate ca și câștigătoare, prin vicierea rezultatului.

Verificarea, de către autoritatea contractantă a fundamentării tarifelor depuse de ofertanți nu se limitează doar la simpla inventariere a prețurilor depuse, ci, este un proces laborios, constând în verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea respectării întocmai a legislației muncii, astfel încât să confere autorității contractante certitudinea că prețul indicat în propunerea financiară cuprinde toate cheltuielile necesare executării contractului. Cum a arătat Consiliul, în mod constant, în practica sa, prețul propus nu este un element pur formal al ofertei, prezumat a fi valabil și admis indiferent de cuantumul său, ci, reprezintă un element esențial al propunerii financiare a cărui realitate și sustenabilitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare. Acceptând un preț care nu acoperă în realitate toate costurile pe care implică, autoritatea contractantă își asumă riscul ca acesta să fie elaborat fără a avea în vedere toate costurile pe care le implică cerințele documentației de atribuire și legislația muncii iar ofertantul în cauză pentru a se încadra în propunerea financiară ofertată, fie nu va respecta cerințele caietului de sarcini, fie va vicia rezultatul procedurii prin ofertarea unor prețuri nesustenabile, care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate decât în baza unei simple decizii comerciale.

Ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți, în scopul realizării obiectului contractului, astfel, prețul nu este un element pur formal al ofertei, ci, reprezintă un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante.

Autoritatea contractantă nu poate accepta necondiționat ofertarea unor tarife pentru un contract care se va implementa în viitor - având la bază costuri aparent neobișnuit de scăzute, asupra cărora are îndoieli rezonabile că nu vor putea fi respectate și care la momentul depunerii ofertelor erau sau trebuiau cunoscute de operatorii economici.

Prin urmare, în condițiile în care propunerea financiară este elaborată fără a avea în vedere toate costurile pe care le implică cerințele documentației de atribuire, este evident că ofertantul în cauză, pentru a se încadra în propunerea financiară ofertată, fie nu va respecta cerințele caietului de sarcini, fie va vicia rezultatul procedurii prin ofertarea unor prețuri nesustenabile, care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate decât în baza unei simple decizii comerciale.

Raportat la cele evocate și ținând seama că, printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor financiare ale ofertanților, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei aparținând... GROUP S.R.L. este întemeiată, urmând să fie admisă."

Din analiza deciziei pronunțate de Consiliu și a considerentelor avute în vedere, rezultă în mod clar că CNSC nu a trasat în sarcina autorității contractante obligația de a solicita din partea... GROUP S.R.L. noi justificări/clarificări cu privire la propunerea financiară, ci, a subliniat

atribuțiile comisiei de evaluare în verificarea conformității propunerilor financiare ale ofertanților, prin urmare, ipoteza solicitărilor de clarificări pe marginea acestui subiect nu se circumscrie concluziei expuse în decizie.

Prin urmare, câtă vreme prin decizia CNSC mai sus iterată s-a stabilit, în mod definitiv, caracterul neconform/nelegal ofertei financiare aparținând... GROUP S.R.L., deoarece, autoritatea contractantă nu și-a respectat, în fapt, propria documentație de atribuire, propunerea financiară nefiind elaborată conform cerințelor documentației de atribuire și a legislației muncii în vigoare, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare cele dispuse, procedând la o reevaluare pur formală, menținând același câștigător al ofertei în cauză. Fără a înlătura considerentele deciziei anterioare, care sunt pe deplin aplicabile, Consiliul reține că aspectele cu privire la modul de evaluare și justificare a propunerii financiare în discuție, nu mai pot constitui obiectul unui nou control de legalitate din partea Consiliului.

Mai mult, atât din analiza deciziei pronunțate de Consiliu și a considerentelor avute în vedere, rezultă în mod clar că CNSC nu a trasat în sarcina autorității contractante obligația de a solicita din partea... GROUP S.R.L. noi justificări/clarificări cu privire la propunerea financiară, ci, a subliniat atribuțiile comisiei de evaluare în verificarea conformității propunerilor financiare ale ofertanților, prin urmare, ipoteza solicitărilor de clarificări pe marginea acestui subiect nu se circumscrie concluziei expuse în decizie.

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată. Autoritatea de lucru judecat operează atât în cazul hotărârilor prin care acțiunea sau cererile incidentale (cererea reconvențională ori intervențiile voluntare ori forțate) sunt admise, cât și în privința celor prin care acestea sunt respinse, fiind, deci, opozabilă tuturor părților din respectiva cauză.

A avea *„aceeași calitate”* în ambele cereri înseamnă a figura în procese în calitate de titular de drepturi, prin calitate înțelegându-se aici poziția lor în nume propriu sau intervenient în proces. Altfel spus, este avută în vedere identitatea juridică a părților, iar nu identitatea lor fizică, nefiind obligatoriu ca o parte să aibă în ambele procese calitatea de reclamant, iar cealaltă parte calitatea de pârât. Astfel, dacă în ambele procese participă aceleași persoane, ca titulare ale drepturilor, va fi identitate de părți, chiar dacă în cadrul proceselor sunt inversate calitățile părților.

Astfel, conform prevederilor Codului de procedură civilă art. 431 alin. (1) *„nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”* și art. 430 alin. (1) și (2) *„...”.*

În literatura de specialitate se arată că, pentru a exista identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același.

De aici rezultă și identitatea de cauză, precum și că pentru a exista identitate de obiect între două acțiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiași drept. Cauza este fundamentul raportului juridic dedus soluționării, temeiul juridic al cererii.

Ea nu se confundă cu cauza acțiunii și nici cu mijloacele de probă. Nu se poate păstra aceeași cauză și prezenta alte dovezi pentru că există autoritate de lucru judecat. Condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică), ce oprește repetarea judecății, iar puterea, prezumția de lucru judecat, ce impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. În decizia sa nr. 1777 din 25 iunie..... de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, a reținut că, în mod corect, instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Concluzionând, Consiliul reține că noul Raport al procedurii nr.... nu respectă decizia CNSC anterior pronunțată în ceea ce privește oferta aparținând... GROUP S.R.L., motiv pentru care, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei în cauză urmează a fi admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de... în contradictoriu cu ....., va anula raportul procedurii nr.... în partea aferentă ofertei... GROUP S.R.L. și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei în cauză, potrivit considerentelor deciziei nr...., în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Pe cale de consecință, va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de... GROUP S.R.L..

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu ....., anulează Raportul procedurii nr.... în partea aferentă ofertei... GROUP S.R.L. și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei în cauză, potrivit considerentelor deciziei nr...., în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei, iar, pe cale de

consecință, respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de... GROUP S.R.L..

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare ... Consilier de soluționare ... ...

Redactat practicaua deciziei ...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini.