CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 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, cu modificările și completările ulterioare, 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 legal de domnul ..... - administrator și convențional de avocat ....., cu adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la sediul sediul avocatului, ..., privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de ....., coduri CPV 45210000-2, 45112711-2 și altele, cu data-limită de depunere a ofertelor 09.01.2018, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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 autorității contractante ..... de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, pe parcursul desfășurării procedurii, a constatat că ...– subcontractant pentru serviciile de

proiectare instalații electrice și specialist atestat „ANRE” – nu poate să transmită documente valabile privind îndeplinirea condițiilor referitoare la capacitatea sa profesională și tehnică de a realiza activitatea de proiectare instalații electrice, precum și că respectiva persoană nu se află pe teritoriul României (este plecată în străinătate pentru desfășurarea de activități lucrative pe teritoriul Uniunii Europene). În acest context, prin adresa nr. 895/13.11.2018, a adus la cunoștința comisiei de evaluare situația și i-a solicitat acordul pentru înlocuirea subcontractantului. Reprezentanții autorității contractante i-au cerut „clarificarea bazei legale în baza căreia SC ..... SRL a schimbat subcontractantul ...cu ...”, iar răspunsul nr. 962/12.12.2018 a fost că solicitarea acordului este întemeiată pe art. 170 alin. (2) și art. 174 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Ulterior, oferta a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (5) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, motivul de fapt reținut fiind că: „răspunsul la solicitarea de clarificare nu este concludent și nu justifică motivația pe care ați expus-o prin răspunsul la solicitarea de clarificare”.

În realitate, societatea a manifestat diligența necesară pentru a preîntâmpina apariția unor sincope în executarea/desfășurarea operativă a procedurii de atribuire, iar exercitarea legală a unui drept a fost interpretată de către membrii comisiei de evaluare în detrimentul său, cu încălcarea principiilor care guvernează achizițiile publice.

Nu s-a procedat în mod direct la înlocuirea subcontractantului ...cu ..., ci s-a solicitat, în baza dispozițiilor legale aplicabile, acordul autorității contractante de a se proceda în acest sens, situație în care membrii comisiei de evaluare aveau posibilitatea de a își da acordul ori de a respinge, motivat, înlocuirea subcontractantului.

Pe de altă parte, potrivit art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 „contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului de achiziție publică, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, în condițiile art. 221”, situație care îi relevă dreptul de a proceda, cu acordul autorității contractante, la numirea unor noi subcontractanți și după încheierea contractului de achiziție publică.

În punctul său de vedere nr. 1268/19.01..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 2740/22.01....., autoritatea contractantă invocă, în apărare, excepția inadmisibilității contestației, pentru nerespectarea art. 6 alin. (1) din Legea 101/2016, în forma de la data publicării anunțului de participare,

respectiv ..... Art. 6 alin. (1) stabilea că, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile. Autoritatea nu a primit nicio notificare prealabilă din partea asocierii din care face parte SC ...SRL.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 3035/25.01....., în replică la punctul de vedere exprimat de autoritate, SC ...SRL solicită respingerea excepției inadmisibilității contestației, precizând că, potrivit Legii nr. 101/2016, în redactarea în vigoare la data comunicării respingerii ofertei, nu mai includea art. 6, abrogat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 45/2018. Legiuitorul delegat a înțeles să renunțe la procedura prealabilă a notificării autorității contractante.

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 ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de servicii de proiectare și execuție de lucrări pentru obiectivul „Revitalizare oraș ..... prin înființare parc Dumitrana”, estimate valoric la 15.025.790,88 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură au fost depuse șase oferte, între care și aceea a asocierii SC ...SRL - SC … SRL - … SRL - SC … SRL, care a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât „răspunsul [din 12.12.2018] la solicitarea de clarificare [din 11.12.2018] nu este concludent și nu justifică motivația pe care ați expus-o prin răspunsul la solicitarea de clarificare”. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze. Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării excepției inadmisibilității ei, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția.

Atât la data comunicării rezultatului evaluării ofertei asocierii (16.01.....), cât și la data contestației împotriva acestuia (.....) era în vigoare Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost

amendată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 45/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 459 din 4 iunie 2018. Prin respectiva ordonanță de urgență a fost eliminată condiția notificării prealabile a autorității contractante, legiuitorul delegat reglementând depunerea directă a contestației. Așadar, notificarea prealabilă obligatorie a fost eliminată din legislație la 4 iunie 2018, situație în care persoanele vătămate nu mai sunt ținute de condiția amintită. În schimb, ordonanța a instituit condiția însoțirii contestației de o cauțiune, condiție de îndeplinirea căreia depinde procedarea Consiliului la soluționarea contestației.

În speță, Consiliul a procedat la aplicarea Hotărârii plenului său din 5 iunie 2018 „referitoare la aplicarea dispozițiilor O.U.G. nr. 45/2018" (disponibilă la adresa http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/2018/06/2018.06.Cautiune.pdf), conform căreia:

1. Pentru contestațiile transmise sau depuse la Consiliu începând cu data de 04 iunie 2018, se va solicita operatorilor economici prezentarea dovezii constituirii cauțiunii impuse la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, modificată prin O.U.G. nr. 45/2018.

2. În cazul contestațiilor care nu sunt însoțite de dovada constituirii cauțiunii, înainte de soluționarea lor, completul va solicita autorilor acestora transmiterea dovezii de constituire, în termen de 3 zile de la primirea solicitării, corespondența având conținutul anexei la prezenta.

SC ..... SRL a furnizat dovada constituirii cauțiunii, în temeiul art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016, respectiv originalul recipisei de consemnare nr. 205200817/1/25.01....., emisă de CEC Bank SA, Sucursala Victoria, cu detalierea: „CV CAUTIUNE PT CONTESTATIA NR ...../....." , pentru suma de 35.000 lei. Recipisa de consemnare a fost înregistrată în registrul de evidență al Consiliului la poziția 114/25.01.....

Aplicarea legii civile în timp este guvernată de principiile neretroactivității legii civile, principiul aplicării imediate a legii noi și principiul supraviețuirii legii vechi. Principiul neretroactivității legii civile este de rang constituțional și are o valoare absolută, în sensul că legiuitorul nu poate institui nicio derogare, și semnifică faptul că legea civilă se aplică tuturor situațiilor juridice născute după intrarea ei în vigoare, iar nu situațiilor juridice trecute, consumate (*facta praeterita*). În mod corelativ, potrivit principiului aplicării imediate a legii noi, de la data intrării în vigoare a acesteia, ea se aplică tuturor actelor, faptelor și situațiilor juridice viitoare (*facta futura*), actelor, faptelor și situațiilor juridice în curs de constituire, modificare sau stingere începând cu această dată, precum și efectelor viitoare ale unor situații juridice anterior născute, dar neconsumate la data intrării în vigoare a legii noi (*facta pendentia*). Cu alte cuvinte, aplicarea imediată a legii noi semnifică faptul că o situație juridică produce acele efecte juridice care sunt prevăzute de legea în

vigoare la data constituirii ei (*tempus regit actum*) (Decizia Curții Constituționale nr. 755 din 16 decembrie 2014).

Abrogarea dispozițiilor privind notificarea prealabilă obligatorie din legea privind remediile se aplică în privința declanșării litigiilor juridice după publicarea în Monitorul Oficial al României a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 45/2018, respectiv din data de 4 iunie 2018. Observând că, în speță, comunicarea vătămătoare nr. 889/ 16.01..... este datată ulterior zilei de 04.06.2018, atacarea ei este supusă legislației în forma revizuită prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 45/ 2018. Li se aplică legea în forma anterioară doar contestațiilor transmise/aflate pe rol anterior Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 45/2018, concluzie care se desprinde limpede din art. VIII al ordonanței: „Contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență continuă să se judece în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost începute."

Contestația nr. ...../....., întemeiată pe art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, reprezintă cu certitudine o contestație care nu se afla în curs de soluționare în fața Consiliului la data intrării în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 45/2018, pentru a putea fi supusă capitolului II privind notificarea prealabilă, capitol abrogat prin intermediul art. IV pct. 3 din ordonanța antemenționată. În consecință, dispozițiile privind notificarea prealabilă fiind abrogate la momentul formulării contestației nr. ...../....., este evident că ele nu produc efecte juridice în privința contestației, iar SC ..... SRL nu îi revenea obligația depunerii la autoritate a vreunei notificări prealabile.

Consiliul trebuie să soluționeze procesul în baza normelor procesuale în vigoare la data contestației, iar nu în baza unora abrogate. Procedura de soluționare a litigiilor nu se confundă cu procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială, având naturi juridice diferite, prima ținând de dreptul procesual, iar secunda de dreptul material. Acesta este și motivul pentru care ele au fost tratate distinct de inițiatorul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 45/2018:

Art. VII. - (1) **Procedurile de atribuire** în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență rămân supuse legislației în vigoare la **data inițierii acestora**.

(2) Prin procedură de atribuire în curs de desfășurare se înțelege orice procedură pentru care s-a transmis un anunț de participare sau, după caz, un anunț de participare simplificat, până la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență.

Art. VIII. - **Contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești** la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență

continuă să se judece în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare **la data la care au fost începute**.

„Legea în vigoare la data la care au fost începute" vizează, logic, contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare (acte de drept procesual), nicidecum procedurile de atribuire a contractelor (acte de drept substanțial).

Interpretarea este regăsită și în practica judiciară, elocventă fiind, de pildă, sentința civilă nr. 4833 din 12 iulie 2018 a Tribunalului București, Secția a II-a contencios administrativ și fiscal, care poate fi accesată la http://www.rolii.ro/hotarari/5b529a4fe49009101f000 650:

Sintetizând, tribunalul reține că până la data de 04.06.2018, când a intrat în vigoare OUG nr. 45/2018, de modificare a Legii nr. 101/2016, pentru contestarea actelor emise în cursul procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică era necesară parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante conform art. 6 din Legea nr. 101/2016, iar pentru soluționarea contestației pe cale judiciară era prevăzută o taxă judiciară de timbru de 450 de lei conform art. 52 alin. 1 cu trimitere la art. 56 alin. 2. Pentru cererea de suspendare a procedurii de atribuire era necesară plata unei cauțiuni conform art. 49 alin. 5 raportat la art. 33 din Legea nr. 101/2016.

La 04.06.2018 au fost abrogate dispozițiile art. 6 privind notificarea prealabilă, dispozițiile art. 52 privind taxa judiciară de timbru pentru contestația formulată pe cale judiciară, dispozițiile art. 33 alin. 2-12 și art. 49 alin. 5 privind cauțiunea pentru cererea de suspendare a procedurii de atribuire, prevăzându-se în același timp scutirea de plata taxei judiciare de timbru pentru contestația formulată pe cale judiciară și obligația de plată a cauțiunii nu doar pentru cererea de suspendare a procedurii de atribuire, ci pentru orice contestație pe cale judiciară.

OUG nr. 45/2018 a prevăzut în art. VII și VIII următoarele:

„Art. VII. - (1) Procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență rămân supuse legislației în vigoare la data inițierii acestora.

(2) Prin procedură de atribuire în curs de desfășurare se înțelege orice procedură pentru care s-a transmis un anunț de participare sau, după caz, un anunț de participare simplificat, până la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență.

Art. VIII. - Contestațiile , procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență continuă să se judece în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost începute."

Dispozițiile art. VIII al OUG nr. 45/2018 reprezintă dispoziții speciale și derogatorii de la dispozițiile art. VII al aceluiași act normativ, iar din interpretarea per a contrario a acestora rezultă aplicarea imediată a noilor reguli de procedură referitoare la soluționarea contestațiilor în cazul contestațiilor adresate Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau instanțelor judecătorești după intrarea în vigoare a modificărilor aduse Legii nr. 101/2016 prin OUG nr. 45/2018.

Art. VIII din OUG nr. 45/2018 nu se raportează la data emiterii actului contestat, ci la momentul formulării contestației, și nu reglementează distinct situațiile în care nu se împlinise termenul de formulare a notificării prealabile prevăzute de Legea nr. 101/2016 în forma anterioară ori se formulase notificarea prealabilă până la 04.06.2018.

Din redactarea art. VIII al OUG nr. 45/2018 rezultă că toate contestațiile adresate Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanțelor judecătorești începând cu 04.06.2018 sunt supuse noii proceduri de soluționare prevăzute de OUG nr. 45/2018.

În atari condiții, chestiunea inexistenței obligației de notificare prealabilă a autorității fiind lichidată, Consiliul apreciază că excepția inadmisibilității contestației, ridicată de autoritate, este neîntemeiată, și o respinge ca atare.

Relativ la fondul litigiului, forul administrativ-jurisdicțional ia act că oferta asocierii contestatoarei a fost acceptată de autoritatea achizitoare în etapele de evaluare preliminară DUAE, evaluare tehnică și evaluare financiară. Din perspectiva criteriului „prețul cel mai scăzut", oferta acesteia a fost clasată pe prima poziție, prin procesul-verbal de evaluare propunere financiară nr. 23555/02.11.2018. Ulterior, prin „procesul-verbal evaluare documente justificative îndeplinire cerințe DUAE" nr. 874/16.01....., oferta asocierii a fost respinsă ca inacceptabilă, „în baza art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 [...], coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 [...]", fără a fi aduse explicații în fapt. În schimb, pe lângă temeiul de drept expus, în comunicarea nr. 889/16.01....., autoritatea explică respingerea: „deoarece răspunsul la solicitarea de clarificare nu este concludent și nu justifică motivația pe care ați expus-o prin răspunsul la solicitarea de clarificare".

Succesiunea evenimentelor a fost următoarea:

a) din oficiu, după finalizarea evaluării financiare, SC ..... SRL a înaintat autorității adresa nr. 895/13.11.2018, prin care i-a cerut acordul pentru înlocuirea unui subcontractant:

Cu privire la subcontractantul declarat al asociatului nostru SC … SRL, … acesta nu poate prezenta documentele valabile la data prezenta, întrucât nu se afla in aceasta perioada in tara si de asemenea momentul revenirii acestuia nu se afla sub controlul nostru.

Pentru evitarea oricăror inconveniente in declararea admisibilitatii noastre **va adresam, aşadar, rugamintea de a da curs prevederilor art. 170 (alin 2) din Legea 98/2016, permiţând inlocuirea subcontractantului … cu un alt subcontractant**, plecând de la urmatoarele premise:

… a fost declarat ca subcontractant pentru servicii de proiectare instalatii electrice, ca specialist atestat ANRE IIA, din cadrul procedurii mai sus mentionate.

In situatia data, societatea noastra, **va solicita acceptul de a inlocui subcontractantul** …, cu o alta societate ce deţine atestat ANRE IIA si indeplineste cerinţele din documentaţia de atribuire.

Precizam ca inlocuirea subcontractantului nu modifica oferta prezentata de SC ..... S.R.L.

Aşteptăm cu interes acceptul dumneavoastra.

b) autoritatea achizitoare, în loc să emită acceptul solicitat ori refuzul acceptării, la 12.12.2018 (la distanță de aproape o lună de la înștiințarea reprodusă), a rugat ofertantul să clarifice: „baza legală în baza căreia SC ..... SRL a schimbat subcontractantul ...cu …".

c) SC ..... SRL a răspuns cu adresa nr. 962/ 12.12.2018:

Va informam ca, prin intermediul Adresei nr. 895 din 13.11.2018, am informat autoritatea contractantă atât în ceea ce priveste temeiul de drept al solicitării noastre de înlocuire a subcontractantului declarat - dispoziţiile art. 170 alin.2 şi art. 174 alin. 2 din Legea 98/2016 - cât şi cu privire la situaţia neprevăzută cauzata de indisponibilitatea subcontractantului propus iniţial de a prezenta dovezi că:

a. nu se afla într-unui dintre cazurile de excludere şi că

b. deţine capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care aceştia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

Având în vedere faptul că aceste aspecte trebuie sa fie verificate de autoritatea contractantă în cadrul evaluării ofertelor depuse şi având în vedere faptul că:

- în cazul în care subcontractantul propus nu îndeplineşte oricare dintre cerinţele menţionate mai sus, în temeiul art. 170 alin. (2) şi art. 174 alin. (2) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus şi solicită ofertantului/candidatului să înlocuiască o singură dată subcontractantul în cauză cu un alt subcontractant care să nu se afle într-unul dintre cazurile de excludere şi care să aibă capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv,

-caracterul urgent al procedurii de achiziţie publică,

Pentru a preîntâmpina amânarea nejustificată şi emiterea unor adrese de clarificare nejustificate, am venit în sprijinul Comisiei de evaluare cu prezentarea directă a documentelor subcontractantului înlocuit în temeiul legislaţiei achiziţiilor publice incidente.

d) autoritatea, prin comisia evaluatorie, a întocmit „procesul-verbal evaluare documente justificative îndeplinire cerințe DUAE” nr. 874/16.01....., succedat de comunicarea nr. 889/16.01..... către ofertantă, conform căreia:

Prin prezenta va aducem la cunoştinţa ca oferta dvs. depusa online, pentru procedura simplificata intr-o singura etapa, organizata în vederea atribuirii contractului de achiziţie publică având ca obiect: PROIECTARE SI EXECUŢIE „REVITALIZARE ORAS ..... PRIN ÎNFIINŢARE PARC DUMITRANA" a fost declarata innaceptabila, in baza art.215 alin.(4) din Legea 98/2016 cu modificările si completările ulterioare: "(4) Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preţ depăşeşte valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită şi documentată înainte de iniţierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată" coroborat cu art. 134, alin.(5) din HG 395/2016 cu modificările si completările ulterioare: "(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, 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", deoarece răspunsul la solicitarea de clarificare nu este concludent si nu justifica motivatia pe care ati expus-o prin răspunsul la solicitarea de clarificare.

Consiliul apreciază că răspunsul punctual de clarificare dat de SC ..... SRL cu nr. 962/12.12.2018 a fost pe măsura solicitării autorității și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat suficient și credibil. Explicațiile aduse se referă tocmai la întrebarea autorității și nu au nimic neconcludent, ofertantul detaliind baza legală de schimbare a subcontractantului. În contextul în care autoritatea a pretins doar baza legală și nimic altceva, nu există niciun indiciu care să susțină opinia că respectivul răspuns se sustrage întrebării exprese a autorității ori că ar fi neconcludent. Pe de altă parte, oferta nu poate fi declarată inacceptabilă nici prin prisma art. 215 alin.(4) din Legea 98/2016, mai cu seamă că autoritatea nu probează

- neîndeplinirea condiţiilor de formă aferente elaborării şi prezentării ofertei, cu precizarea lor și a justificării acestei concluzii;

- că asocierea nu are calificările necesare, cu precizarea lor și a justificării acestei concluzii;

- oferta are un preţ ce depăşeşte valoarea estimată.

Mai mult, argumentul că „răspunsul la solicitarea de clarificare nu este concludent si nu justifica motivatia pe care ati expus-o prin răspunsul la solicitarea de clarificare” nu poate fi luat în considerare și din cauză că nu figurează în procesul-verbal nr. 874/16.01....., deci nu a fost asumat de toți membrii comisiei de evaluare (cinci), fiind exterior etapei de evaluare a ofertei.

La succinta întrebare adresată de autoritate, liderul asocierii a răspuns punctual, răspuns la obiect, întemeiat și credibil. Cum s-a menționat, explicațiile aduse de societate se referă întocmai la întrebarea autorității, iar trimiterea la art. 170 și 174 este pertinentă:

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

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

(3) În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declarația pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situațiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire.

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

(2) În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/ candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.

Organizatoarea achiziției nu a cerut lămuriri referitoare la cauzele înlocuirii subcontractantului, ci doar baza legală, care a fost în mod corect evocată de liderul asocierii. Dacă ar fi pretins elemente legate de cauzele înlocuirii, cu certitudine că acesta le-ar fi putut releva organizatoarei.

În plus, văzând modul imperativ în care este redactat art. 170 alin. (2) precitat – în cazul în care este identificată o situație de excludere, autoritatea contractantă *solicită* ofertantului să înlocuiască un subcontractant –, o eventuală chestionare din partea autorității asupra circumstanțelor faptice ținând de situația de excludere a subcontractantului nu poate determina ignorarea dispozițiilor art. 170 alin. (2), respectiv eliminarea din competiție a ofertantului, fără a fi îndeplinită obligația legală expresă care revine autorității, căreia îi corespunde dreptul corelativ al ofertantului de a înlocui subcontractantul devenit indisponibil. Conform regulii de interpretare juridică „unde legea nu distinge, nici cel care o interpretează nu trebuie să distingă” (*ubi lex non distinguit, nec nos*

distinguere debemus), dispoziţiile art. 170 alin. (2) trebuie aplicate invariabil.

Separat de cele expuse, autoritatea ignoră realitatea reieșită din înscrisul nr. 895/13.11.2018, provenind de la liderul asocierii, din cuprinsul căruia se observă că societatea a adresat autorității rugămintea de a îi permite înlocuirea subcontractantului Breazu Florin PFA, de a îi comunica acceptul în acest sens, nicidecum nu a pus autoritatea în fața unui fapt împlinit, cum lasă a se înțelege respectiva autoritate. Prevala acordarea sau nu a acceptului dorit de ofertantă, iar nu respingerea ofertei acesteia (clasată pe primul loc, din perspectiva prețului propus).

Concluzia Hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene din 14 septembrie 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, EU:C:2017:685 („*Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii trebuie interpretate în sensul că nu se opun unei legislații naționale care exclude posibilitatea operatorului economic participant la o cerere de ofertă de a înlocui o întreprindere auxiliară care a pierdut calificări necesare după depunerea ofertei sale și care determină excluderea automată a acestui operator*.”) nu este incidentă în cauza de față, deoarece diferă circumstanțele și, în plus, art. 63 alin. (1) din Directiva 2014/24 prevede că operatorii economici pot să se bazeze pe capacitățile altor entități „când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități” (Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punctul 89) și că „[a]utoritatea contractantă solicită ca operatorul economic să înlocuiască o entitate care nu îndeplinește un criteriu de selecție relevant sau în legătură cu care există motive obligatorii de excludere”.

De asemenea, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în

raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union şi alții, C-157/96, pct. 60).

Separat de cele evocate, Consiliul punctează că, în procesul-verbal de evaluare a ofertelor nr. 874/16.01....., nici măcar nu este consemnat motivul de respingere [nelegal]: „răspunsul la solicitarea de clarificare nu este concludent si nu justifica motivatia pe care ati expus-o prin răspunsul la solicitarea de clarificare".

În lumina celor înfățișate, obiecțiile liderului asocierii privind nelegalitatea respingerii ofertei sale se vădesc a fi fondate și, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., va anula procesul-verbal nr. 874/ 16.01....., adresa de comunicare a respingerii ofertei asocierii și eventualele acte ulterioare cu privire la această ofertă. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a acesteia, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga autoritatea să comunice asocierii rezultatul reevaluării ofertei sale, cu respectarea legislației aplicabile.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare.

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

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal de evaluare nr. 874/16.01....., adresa autorității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei asocierii sale, precum și, dacă există, raportul procedurii de atribuire, în partea privind respingerea ofertei. Obligă autoritatea la reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului act, autoritatea va comunica asocierii rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține unsprezece pagini.