

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. 2542/C3/2796

Data: 05.12.2022

Prin contestația nr. 2112/14.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 55907 din data de 14.11.2022, înaintată de S.A., cu sediul în, Șoseaua Olteniței, nr. 107A, Corp C1, Etaj 6, ..., înregistrată în Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin Director General și, convențional, prin SCA, prin, Partener Senior, cu sediul în, str. Dr., nr., Opera, Etaj II, Sector (sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură), formulată împotriva rezultatului procedurii nr. 5017/5234/2019/04.11.2022 și a raportului procedurii nr. 5014/5234/2019/03.11.2022, întocmite de, cu sediul în, Calea Plevnei, nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, în procedura licitație deschisă organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect SISTEM INFORMATIC INTEGRAT PENTRU MANAGEMENTUL INSTANTELOR AFERENT PROIECTULUI „OPTIMIZAREA MANAGEMENTULUI LA NIVELUL SISTEMULUI JUDICIAR. COMPONENTA DE INSTANȚE JUDECĂTOREȘTI.”, (COD SIPOCA/MYSMIS NR. 751/129513), inițiată cu anunțul de participare nr. CN1043894 din data de 18.06.2022, s-a solicitat anularea actelor atacate și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

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

Contestatoarea, cu titlu prealabil, precizează faptul că în cuprinsul Formularului DUAЕ deпs în cadrul procedurii de atribuire a menționat că va participa la procedura de achiziție publică ca ofertant individual și a declarat ca subcontractant societatea

Prin Raportul procedurii nr. 5014/5234/2019/3.11.2022, atacat prin prezenta contestație, autoritatea contractantă a arătat că, în urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, oferta S.A. a fost declarată inacceptabilă, în baza prevederilor art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, coroborate cu art. 215 alin. (4) prima teză din Legea nr. 98/2016,

deoarece comisia de evaluare a apreciat că societatea nu poate avea calitatea de subcontractant al S.A., fiind doar un furnizor.

Subliniază contestatoarea faptul că acesta este unicul motiv pentru care s-a aplicat această sancțiune și că declararea ofertei ca fiind inacceptabilă s-a făcut fără vreo solicitare prealabilă de clarificări din partea comisiei de evaluare, cu toate că aceasta ar fi avut posibilitatea să lămurească, prin această procedură, orice neclaritate cu privire la statutul DATAWARE CONSULTING SRL.

Mai menționează contestatoarea că actele atacate i-au fost comunicate în data de 04.11.2022.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a declarat, în mod eronat, oferta depusă de S.A. ca inacceptabilă, în realitate această ofertă fiind admisibilă.

Față de motivarea autorității contractante, conform căreia societatea nu poate avea calitatea de subcontractant al S.A., fiind doar un furnizor, contestatoarea învederează că, potrivit art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016: "(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă."

Conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, teza întâi: "(4) *Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată."*

Din analizarea textelor de lege mai sus citate, în opinia contestatoarei, rezultă că acestea se referă la situația în care un ofertant nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă, respectiv la ipoteza în care oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia.

În speță, singurul motiv invocat de, ca justificare a deciziei sale de declarare a ofertei depuse de contestatoare ca inacceptabilă, a fost reprezentat de faptul că această ofertantă ar fi calificat, în opinia autorității contractante, în mod greșit, societatea ca fiind subcontractant al S.A., și nu un simplu furnizor.

Or, chiar dacă s-ar admite că a fost calificată în mod eronat ca subcontractantă a S.A., această situație nu se

circumscrie ipotezelor avute în vedere de dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 sau de prevederile art. 215 alin. (4) prima teză din Legea nr. 98/2016, invocate de CSM, ca temei al declarării ofertei S.A. ca fiind inacceptabilă.

De altfel, în opinia contestatoarei, nicio altă prevedere din cuprinsul legislației achizițiilor publice nu prevede posibilitatea declarării unei oferte ca fiind inacceptabilă, neconformă sau neadecvată pe motiv că ofertantul, care a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, a declarat în mod greșit un furnizor ca fiind subcontractant.

Precizează contestatoarea că, fiind vorba despre o situație de excepție, Legea nr. 98/2016 reglementează în mod limitativ situațiile în care o ofertă poate fi declarată inadmisibilă de către autoritatea contractantă, astfel încât comisia de evaluare nu are dreptul de a extinde aplicarea acestei măsuri la alte ipoteze, neprevăzute de lege.

Având în vedere aspectele menționate, apreciază contestatoarea, este clar că decizia autorității contractante de a declara oferta sa în cadrul procedurii de atribuire ca fiind inacceptabilă este lipsită de temei legal.

În altă ordine de idei, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a interpretat în mod eronat dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. w) și yy) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum rezultă din cuprinsul raportului procedurii de atribuire, al comunicării rezultatului procedurii și al procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, raționamentul care a stat la baza declarării ofertei contestatoarei ca fiind inacceptabilă a pornit de la interpretarea dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. vv) și yy) din Legea nr. 98/2016.

Conform prevederilor menționate: "Art. 3. - (1) *În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:*

w) furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant;

yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi."

Din dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, mai sus citate, reiese că dacă o entitate pune la dispoziția contractantului produse și servicii, aceasta are calitatea de furnizor, cu excepția cazului în care aceasta are calitatea de subcontractant. Prin urmare, încheierea

unui acord de subcontractare între ofertant și furnizor îi conferă acestuia din urmă calitatea de subcontractant al acelui ofertant.

Așadar, ofertantul este cel care decide dacă să încheie sau nu un acord de subcontractare cu furnizorul, însă în măsura în care ia decizia de a subcontracta, acesta trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute de lege pentru subcontractare.

Având în vedere faptul că, în speță, contestatoarea a îndeplinit toate obligațiile prevăzute de legislația achizițiilor publice, în legătură cu subcontractarea, și a inclus în oferta sa documentele și informațiile prevăzute de lege referitoare la subcontractare, ... are calitatea de subcontractant al S.A., indiferent de natura activităților care fac obiectul acordului de subcontractare.

Această concluzie este confirmată de jurisprudența instanțelor de judecată și de jurisprudența CNSC.

În ceea ce privește dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, care prevăd că punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare, acestea trebuie să fie interpretate în sensul în care simplul fapt că un operator economic acționează în calitate de furnizor în cadrul unui contract de achiziție publică nu îl transformă pe acesta în subcontractant, ceea ce înseamnă că acesta nu trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute de legislația achizițiilor publice în materie de subcontractare.

În schimb, dacă ofertantul desemnează un furnizor ca fiind subcontractant al acestuia și încheie cu furnizorul în discuție un acord de subcontractare, furnizorul dobândește calitatea de subcontractant și trebuie să îndeplinească toate cerințele prevăzute de lege cu privire la subcontractanți.

Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă ar fi avut posibilitatea de a declara oferta depusă de S.A. ca inacceptabilă numai dacă:

- fie ar fi apelat la un furnizor, iar comisia de evaluare ar fi apreciat că natura activităților depășește calitatea de furnizor, fiind necesară încheierea unui acord de subcontractare (caz în care ar fi trebuit, în prealabilă, să îi solicite clarificări);
- fie ar fi constatat că persoana declarată ca fiind subcontractant nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru a avea această calitate.

Or, în speță, în opinia contestatoarei, pur și simplu, autoritatea contractantă a apreciat, în mod, nejustificat, că ar exista o incompatibilitate între calitatea de furnizor și cea de subcontractant, astfel încât a procedat la calificarea ofertei ca fiind neconformă, pentru simplul motiv că S.A. a încheiat un acord numit de subcontractare cu un furnizor, deși nu era necesar să fie încheiat un astfel de acord.

Totodată, prin intermediul cerințelor de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă a solicitat ca

operatorii economici participanți la procedura de atribuire să facă dovada faptului că au prestat servicii similare, constând în servicii de implementare a unor sisteme informatice integrate care au inclus atât o componentă de furnizare de echipamente de procesare și stocare date, cât și pachete software de aplicație și serviciile de implementare a acestora.

În acest sens, contestatoarea face trimitere la prevederile Secțiunii III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională din Fișa de date a procedurii de atribuire, potrivit căroră: "*Dovedirea experienței similare*

Operatorii economici vor face dovada că în ultimii trei ani calculați până la data limită de depunere a ofertelor au prestat servicii similare. Prin servicii similare în raport cu cele care fac obiectul contractului se consideră servicii de implementare a unor sisteme informatice integrate care au inclus atât o componentă de furnizare de echipamente de procesare și stocare date, cât și pachete software de aplicație și serviciile de implementare a acestora.

În acest sens, vor prezenta o listă a principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani din care să rezulte că au fost prestate servicii în valoare cumulată de minim 6.805.636,17 lei la nivelul a minim 1 contract sau maxim 5 contracte."

CSM a considerat, în opinia contestatoarei, în mod neîntemeiat, că nu va fi implicat în mod direct în executarea contractului de achiziție publică.

Chiar și în condițiile în care concluzia CSM, conform căreia calitatea de furnizor ar fi incompatibilă cu cea de subcontractant ar fi corectă, decizia comisiei de evaluare de a declara oferta S.A. ca inacceptabilă este oricum neîntemeiată, având în vedere activitățile pe care ar urma să le desfășoare, conform Acordului de subcontractare.

În acest sens, menționează contestatoarea, așa cum rezultă din Fișa de date a procedurii de atribuire, obiectul contractului care face obiectul procedurii de atribuire organizate de CSM este reprezentat de "*Servicii IT: consultanță, dezvoltare software, internet și asistență*", presupunând o componentă de furnizare de echipamente de procesare și stocare date și o componentă pachete software de aplicație:

11.2.2 Coduri CPV secundare: 48000000-8 Pachete software si sisteme informatice (Rev.2)

48821000-9 Servere de rețea (Rev.2)

72212517-6 Servicii de dezvoltare de software IT (Rev.2)

Potrivit Acordului de subcontractare, încheiat între contestatoare și, între activitățile care intră în sarcina subcontractantului se numără *furnizarea echipamentelor hardware și a licențelor aferente, conform solicitărilor din caietul de sarcini.*

De vreme ce obiectul contractului, pe care autoritatea contractantă urmărește să îl atribue prin intermediul procedurii de atribuire

contestate include furnizarea de echipamente de procesare și stocare date, furnizarea echipamentelor în discuție echivalează cu executarea unei părți din obiectul acestui contract.

Având în vedere faptul că, în conformitate cu prevederile Acordului de subcontractare, ... ar urma să execute în mod direct o parte din obiectul contractului, nu doar să pună la dispoziția S.A. echipamente care să fie accesorii îndeplinirii obiectului contractului, apreciază contestatoarea că chiar are calitatea de subcontractant, în sensul dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. w) și yy) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, în Nota de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică, publicată de ANAP la data de 12 mai 2022, se menționează: *"Astfel, demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect: în cazul furnizorului, accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor/serviciilor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa (ori prestează servicii către contractant, potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 3 lit. y) din Legea nr. 99/2016), pe când în cazul subcontractantului acesta furnizează/prestează/execută în mod direct produse/servicii/lucrări, activități care sunt parte din obiectul contractului de achiziție publică".*

În plus, precizează contestatoarea, activitățile subcontractate către nu se rezumă la furnizarea de echipamente.

Astfel, conform art. 2 din Acordul de subcontractare dintre S.A. și: "Art. 2. Obiectul acordului: Părțile au convenit ca în cazul desemnării ofertei ca fiind câștigătoare la procedura de achiziție publică organizată de să desfășoare următoarele activități ce se vor subcontracta:

- *Furnizarea echipamentelor hardware și a licențelor aferente, conform solicitărilor din caietul de sarcini*
- *Asigurarea experților/specialiștilor necesari în cadrul etapelor de proiect, de la analiza și proiectarea sistemului informatic integrat și până la operaționalizarea sistemului, respectiv în perioada de garanție, garanție extinsă și suport*
- *Instalarea în locația Beneficiarului, configurarea și punerea în funcțiune a echipamentelor hardware furnizate și a licențelor software aferente*
- *Întocmirea raportului privind instalarea echipamentelor hardware*
- *Realizarea testelor care atestă funcționarea echipamentelor la parametrii agreeți, astfel încât echipamentele și serviciile aferente să fie acceptate de Autoritatea contractantă prin semnarea procesului verbal de recepție calitativă*
- *Transferul către specialiștii beneficiarului a cunoștințelor privind administrarea infrastructurii hardware furnizate.*

- *Asigurarea garanției, garanției extinse și suportului pentru echipamentele furnizate, precum și serviciile de help-desk aferente, conform condițiilor menționate în caietul de sarcini al procedurii".*

După cum se poate observa din analiza prevederilor contractuale mai sus citate, subcontractantul ar urma să desfășoare numeroase alte activități, pe lângă simpla punere la dispoziție a unor echipamente și instalarea acestora, respectiv:

- asigurarea experților/specialiștilor necesari în cadrul etapelor de proiect;

- transferul către specialiștii beneficiarului a cunoștințelor privind administrarea infrastructurii hardware furnizate;

- asigurarea garanției pentru echipamentele furnizate și a serviciilor de help-desk aferente.

Activitățile menționate exced noțiunea de furnizare, astfel cum aceasta este definită de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, prin aceea că se implică în mod direct în îndeplinirea unei părți din obiectul contractului.

Prin urmare, raportându-se la cele menționate mai sus, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a reținut, în mod neîntemeiat, că nu are calitatea de subcontractant al S.A.

Chiar dacă ar avea doar calitatea de furnizor, acest fapt nu ar putea constitui motiv de declarare a ofertei S.A. ca fiind inacceptabilă nici din perspectiva îndeplinirii de către contestatoare a condițiilor de calificare pentru acest proiect, mai precizează contestatoarea.

Presupunând că natura activităților care fac obiectul Acordului de subcontractare ar prezenta relevanță pentru calitatea deținută de în cadrul procedurii de atribuire și admitând că toate activitățile pe care ar urma să le presteze acest operator economic se circumscriu noțiunii de furnizare, această concluzie nu ar atrage inacceptabilitatea ofertei depuse de contestatoare în cadrul procedurii de atribuire, nici din perspectiva îndeplinirii de către contestatoare a condițiilor de calificare pentru acest proiect.

Cu toate că oferta depusă de către S.A. nu a fost declarată inacceptabilă pentru neîndeplinirea condițiilor de calificare, nefiind motivată în acest sens, menționează contestatoarea că nu a declarat neapărat ca subcontractant al acesteia, în cadrul procedurii de atribuire, pentru a beneficia de experiența similară a acestei societăți, nu are nevoie de sprijinul pentru a executa contractul de achiziție publică.

Astfel, așa cum rezultă din informațiile menționate la pagina 7 din Formularul DUAE depus de S.A. în cadrul procedurii de atribuire, valoarea serviciilor similare prestate de această societate depășește

pragul de 6.805.636,17 lei, impus de CSM prin intermediul cerințelor referitoare la experiența similară stabilită prin documentație de atribuire.

Concluzionează contestatoarea că îndeplinește cerințele referitoare la capacitatea tehnică și profesională și fără susținerea și, prin urmare, chiar dacă s-ar considera că are doar calitatea de furnizor, această concluzie nu ar fi de natură să determine caracterul inacceptabil al ofertei pe care a depus-o în cadrul procedurii de atribuire organizate de C.S.M.

Prin adresa nr. 5078/5234/2019/17.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 57041/21.11.2022, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere privind contestația formulată de S.A., solicitând respingerea ei, ca neîntemeiată.

În urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, au fost declarate inacceptabile/neconforme/neadecvate de către comisia de evaluare ofertele depuse de următorii ofertanți:

Nr. crt.	Ofertant	Motivele care au stat la baza deciziei
1	 SA	INACCEPTABILĂ în baza prevederilor art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice coroborat cu art. 215 alin. (4) prima teza din legea 98/2016 privind achizițiile publice din următoarele motive: Ținând cont de informațiile cuprinse în acordul de subcontractare la art. 2 și art. 3 prin care se specifică la art. 2 că părțile au convenit să desfășoare activitățile ce se vor subcontracta, iar la art. 3 că valoarea estimată a produselor ce se vor livra de subcontractant este de 24,70% din valoarea totală a produselor oferate; Din analiza prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) și lit. yy) din Legea nr. 98/2016 prin care se arată Articolul 3 (1) în sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: w) furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant; yy) subcontractant/subantreprenor- orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în

		fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi; Rezultă că „furnizorul”, în cazul nostru, este entitatea care furnizează produse/prestează servicii de instalare a acestora către contractant, iar „subcontractantul” execută părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Prin urmare, subcontractantul îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractant și autoritatea contractantă, fiind implicat în procesele specifice de îndeplinire a obiectului contractului. Spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică. Totodată, spre deosebire de furnizor, subcontractantul este considerat participant în procedura de atribuire (art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), fiindu-i aplicabile, pe cale de consecință, inclusiv dispozițiile legale ce reglementează conflictul de interese. Având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, legislația în domeniul achizițiilor publice impune anumite obligații în sarcina ofertantului cu privire la subcontractanți, obligații care nu există în cazul furnizorilor, respectiv: - de a cuprinde în oferta sa documentele și informațiile prevăzute de lege referitor la subcontractare (informații privind partea/părțile din contract care urmează să fie îndeplinită/e de subcontractanți și valoarea acesteia, DUAЕ pentru subcontractant, acordul de subcontractare, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante); - de a transmite, la solicitarea autorității contractante, informații și documente relevante
--	--	---

		referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să le îndeplinească efectiv. Totodată, în conformitate cu prevederile art. 218 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă are obligația de a solicita, la încheierea contractului de achiziție publică, prezentarea contractelor încheiate între contractant și subcontractantul/subcontractanții nominalizați în ofertă, astfel încât activitățile ce revin acestora, sumele aferente prestațiilor precum și numele, datele de contact, reprezentanții legali ai noilor subcontractanți să fie cuprinse în contractul de achiziție publică. Corelativ acestor obligații, în procesul de evaluare a ofertelor, capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși poate fi luată în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens (art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016); Față de cele descrise mai sus, comisia de evaluare a apreciat că S.C. NU POATE AVEA CALITATEA DE SUBCONTRACTANT. De asemenea, autoritatea contractantă nu poate să ceară înlocuirea subcontractantului propus deoarece nu sunt îndeplinite cernitele din cuprinsul art. 170 alin (1) și (2) din Legea nr. 98/2016: Articolul 170 Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși. 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 rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.
--	--	--

În motivarea contestației, S.C. S.A. a invocat faptul că, în mod greșit, autoritatea contractantă a exclus ofertantul S.C. S.A. pe motiv că societatea nu poate avea calitatea de subcontractant al ofertantului, fiind doar un furnizor, precum și faptul că

autoritatea contractantă nu a cerut clarificări cu privire la statutul S.C.

Cu privire la criticile contestatoarei, autoritatea contractantă precizează că, în mod eronat a considerat contestatoarea că autoritatea contractantă a avut în vedere excluderea SC S.A., pe motiv că are calitatea de furnizor.

La excluderea contestatoarei, autoritatea contractantă a avut în vedere greșita completare a DUAЕ.

Pentru a hotărî în acest mod, s-a reținut că SC S.A. a menționat în DUAЕ la rubrica informații privind utilitatea capacităților altor entități că nu utilizează capacitățile altor entități pentru a satisface criteriile de selecție, prevăzute în partea V, iar SC a nominalizat în DUAЕ la capacitatea tehnică și profesională contractele de achiziții de servicii executate.

În documentația de atribuire, respectându-se principiul transparenței, precizează autoritatea contractantă că a solicitat criterii de calificare pentru orice participant la procedură, din care să reiasă, pe de o parte, faptul că aceștia nu se află în situația motivelor de excludere din procedură, iar pe de altă parte a solicitat criterii de calificare privind capacitatea ofertanților.

Așa cum rezultă din fișa de date a achiziției, precum și din documentația de atribuire, solicitarea demonstrării criteriilor de calificare referitoare la motivele de excludere a fost adresată și subcontractanților, obligație ce reiese din cuprinsul prevederilor art. 170 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, prin care se arată că „Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.”

La momentul depunerii ofertelor, autoritatea contractantă a acceptat DUAЕ, ca o dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice care confirmă că operatorul economic îndeplinește cerințele, că nu se află în una din situațiile de excludere, precum și că îndeplinește criteriile privind capacitatea așa cum au fost solicitate.

Ca atare, în speța de față, autoritatea contractantă a acceptat DUAЕ deșu de contestatoarea, prin care acesta din urmă a declarat că participă la procedură cu subcontractantul și DUAЕ subcontractant.

Din analiza DUAЕ, comisia de evaluare în mod corect a constatat că, deși SC S.A. a declarat în DUAЕ-ul propriu că operatorul SC are calitatea de subcontractant, pe capacitățile căruia nu se bazează, din DUAЕ-ul celui din urmă rezultă că acesta susține ofertantul cu experiență similară pentru serviciile de implementare a unor sisteme informatice integrate care au inclus atât o componentă de furnizare de echipamente de procesare și stocare date, cât și pachete software de aplicație și serviciile de implementare a acestora, precizând

în DUAЕ, în cadrul secțiunii C - Capacitatea Tehnică și Profesională că aceste contracte invocate drept experiență similară sunt prezentate în scopul contribuției, conform prevederilor art. 48 din H.G. nr. 395/2016, la îndeplinirea de către SC S.A. a cerințelor privind FDA prevăzute la art. II 1.1.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Pe cale de consecință, capacitatea tehnică prezentată de subcontractantul SC face obiectul susținerii acordate ofertantului SC SA pentru îndeplinirea cerințelor de calificare, așa cum chiar acesta declară în propriul DUAЕ.

Apreciază autoritatea contractantă că trebuie subliniat faptul că, din acest punct de vedere, atribuirea calității de subcontractant către SC, care are, în raport de obiectul contractului încheiat cu SC SA, în mod evident calitatea de furnizor, are ca efect eludarea dispozițiilor referitoare la dovedirea capacității tehnice a ofertantului.

În plus, alegerea calității de subcontractant sau furnizor nu este lăsată la latitudinea ofertantului, ci este clar definită de lege, care stabilește condiții și cerințe clare și distincte între cele două tipuri de raporturi comerciale.

Spețele invocate de contestator nu au rolul de a clarifica situația de fapt și de drept incidentă în cauza de față, întrucât vizează ipoteze diferite.

În acest sens, apreciază autoritatea contractantă că relevante sunt următoarele prevederi legale:

- art. 179 lit. k) din Legea nr. 98/2016 - precizarea părții/părților din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze; [...]

- art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 - (4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

- art. 182 din Legea nr. 98/2016 - (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va

desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

- art. 48 din H.G. nr. 395/2016 - (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant".

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă faptul că, deși subcontractantul poate îndeplini criteriile de calificare în calitate de terț susținător, apreciază autoritatea contractantă, în cazul de față ofertantul și-a declarat intenția de a subcontracta o parte din contract (24,70% din valoarea totală a produselor ofertate conform art. 3 din acordul de subcontractare), dar nu a declarat că se bazează pe capacitatea acestuia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare.

În plus, în cuprinsul acordului de subcontractare la art. 2 printre alte activități se regăsește asigurarea experților/specialiștilor necesari în

cadrul etapelor de proiect, de la analiza și proiectarea sistemului informatic integrat și până la operaționalizarea sistemului, transferul către specialiștii beneficiarului a cunoștințelor privind administrarea infrastructurii hardware furnizate (resursele umane - descrierea modalității de implicare a acestora în desfășurarea activităților).

În opinia autorității contractante, în sensul celor descrise mai sus, rezultă că, dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci el va prezenta DUAЕ doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere, autoritatea contractantă neavând obligația legală de a stabili criterii de calificare pentru acesta.

De altfel, în cuprinsul documentelor achiziției, susține autoritatea contractantă că nu a formulat cerințe de calificare pentru subcontractanți.

Pentru aceste considerente, comisia de evaluare a reținut caracterul inacceptabil al ofertei în baza art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, respectiv „nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”.

Caracterul inacceptabil al ofertei rezidă și din faptul că persoana declarată ca subcontractant nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru a avea această calitate, întrucât, atât timp cât aceasta din urmă a declarat în DUAЕ contracte în scopul contribuției, conform prevederilor art. 48 din H.G. nr. 395/2016, la îndeplinirea de către SC S.A. a cerințelor privind FDA, art. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională trebuia declarată și de terțul susținător.

Precizează autoritatea contractantă că activitățile invocate în acordul de subcontractare îi oferă acestuia calitatea de furnizor prin punerea la dispoziție a echipamentelor, instalarea acestora precum și prin punerea la dispoziție a resurselor umane, nicidecum prin implicarea directă în executarea contractului, atât timp cât nu a fost dovedită modalitatea de implicare efectivă în executarea contractului, sens în care sunt explicate în susținerile contestatoarei cu privire la faptul că autoritatea contractantă prin comisia de evaluare ar fi avut posibilitatea să lămurească aceste aspecte, și acestea sunt nefondate pe următoarele considerente:

Comisia de evaluare nu avea dreptul de a solicita ofertantului modalitatea de participare la procedură, întrucât s-ar fi încălcat principiul tratamentului egal, caz nepermis de legislația în domeniul achizițiilor publice (temei art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016).

Având în vedere că o solicitare de clarificări, cu privire la modalitatea de participare, nu reprezintă o inadvertență de formă, comisia de evaluare se afla în imposibilitate legală de a solicita clarificări/completări ale documentelor depuse în cadrul ofertei.

Mai precis, o eventuală solicitare suplimentară adresată contestatoarei în legătură cu transmiterea unui DUAЕ revizuit însoțit de alte documente ar fi determinat incidența dispozițiilor art. 209 alin. (2)

din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele: „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Mai mult decât atât, chiar SC S.A. susține în contestație la pct. nr. 3, că va participa la procedura în discuție ca ofertant individual și a declarat ca subcontractant SC, acesta din urmă declarând în DUAЕ că participă cu rol de subcontractant în scopul contribuției, conform prevederilor art. 48 din H.G. nr. 395/2016, la îndeplinirea de către SC S.A. a cerințelor privind FDA, art. III.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, respectiv servicii de implementare a unor sisteme informatice integrate care au inclus atât o componentă de furnizare de echipamente de procesare și stocare date, cât și pachete software de aplicație și serviciile de implementare a acestora, deci acordându-i susținere pentru îndeplinirea criteriilor de calificare, în loc să participe cu rol de subcontractant doar în scopul încadrării în motivele de excludere, așa cum s-a solicitat prin documentele achiziției.

Contestatoarea, cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. 58590/28.11.2022, a transmis (prin e-mail) răspuns la punctul de vedere al autorității contractante prin care solicită CNSC să constate caracterul neîntemeiat al apărărilor formulate de autoritatea contractantă.

Susține contestatoarea, contrar apărărilor autorității contractante, că este întemeiată contestația sa, iar oferta pe care a depus-o în procedura de atribuire este admisibilă.

În sensul admisibilității ofertei, ... S.A. reiterează argumentele dezvoltate pe larg în cuprinsul contestației.

De asemenea, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu a adus niciun contraargument de natură să susțină măsura declarării ofertei sale ca inacceptabilă prin raportare la motivarea prezentată în actul atacat.

În schimb, apreciază contestatoarea că, din punctul de vedere al autorității contractante, rezultă că motivul declarării ofertei ca inacceptabilă a fost cu totul altul decât cel precizat în raportul procedurii de atribuire, respectiv acela că ofertantul nu a declarat în DUAЕ că se bazează pe capacitatea SC pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare.

Precizează contestatoarea că aceste argumente nu se regăsesc nici în raportul procedurii de atribuire, nici în comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire și nici în procesul-verbal nr. 4801/5234/11 august 2022.

Or, este, în opinia contestatoarei, inadmisibil ca, prin intermediul punctului de vedere formulat cu privire la contestația sa, autoritatea contractantă să justifice decizia de a-i declara oferta ca inacceptabilă,

prin raportare la alte motive decât cele reținute de comisia de evaluare cu ocazia respingerii ofertei.

În susținerea celor menționate mai sus, contestatoarea invocă prevederile art. 215 și ale art. 216 din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă avea obligația de a motiva decizia de respingere a ofertei, atât în cuprinsul raportului procedurii de atribuire, cât și prin comunicarea rezultatului procedurii, iar pe baza acestei motivații, persoana care se consideră vătămată să poată formula contestație.

În continuare, CNSC are competența de a analiza dacă actul atacat este un act legal sau nu, prin raportare la motivația consemnată în cuprinsul acestuia, pe de-o parte, și prin raportare la argumentele indicate în contestația formulată, pe de altă parte.

Așa cum contestatoarea nu poate să invoce motive suplimentare de contestație, cu depășirea termenului (după ce, de exemplu, a studiat dosarul procedurii), nici autoritatea contractantă nu poate să invoce prin punctul de vedere cu totul alte motive de legalitate a actului decât cele consemnate în cuprinsul acestuia.

Din această perspectivă, dacă s-ar considera admisibilă noua motivație propusă de CSM, consideră contestatoarea că ar fi într-o situație imposibilă: aceea de a răspunde unei motivații pe care nu avea cum să o aibă în vedere la momentul contestației, adică de a formula motive noi de contestare, ceea ce jurisprudența CNSC consideră în mod unanim ca inadmisibil.

Dacă s-ar accepta o astfel de teorie, atunci orice autoritate contractantă ar putea să emită acte care cuprind motive străine sau insuficiente de nelegalitate, care să fie contestate, pentru ca apoi să arate, prin punctul de vedere, adevăratele considerente avute în vedere, care astfel nu ar mai putea fi supuse cenzurii CNSC.

Având în vedere aspectele menționate, în opinia contestatoarei, se impune ca CNSC să nu ia în considerare motivele noi, invocate de CSM prin intermediul punctului de vedere formulat cu privire la contestație, și să ia act de faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns motivelor de nelegalitate invocate de S.A., care s-a raportat la considerentele consemnate în raportul procedurii de atribuire, achiesând astfel la aceste motive de nelegalitate.

În ipoteza în care temeinicia contestației formulate de S.A. ar fi analizată din perspectiva motivelor noi de respingere a ofertei, invocate de autoritatea contractantă prin intermediul punctului de vedere, actul atacat este oricum nelegal, având în vedere faptul că CSM a declarat oferta ca fiind inacceptabilă, pe motiv că aceasta nu a menționat în DUAЕ că beneficiază de susținerea subcontractantului SC, fără a verifica în prealabil dacă ofertanta îndeplinea sau nu singură cerințele de calificare.

Astfel, chiar dacă s-ar admite că subcontractantul a completat greșit formularul DUAЕ, în sensul că a menționat în mod eronat că îi acordă susținere contestatoarei în vederea îndeplinirii cerințelor de calificare, singura consecință posibilă ar fi aceea că susținerea subcontractantului nu ar urma să fie luată în calcul.

În acest context, respingerea ofertei ar fi fost justificată numai în măsura în care ofertantul ar fi avut nevoie de susținerea subcontractantului pentru a îndeplini cerințele de calificare.

Simplul fapt că subcontractantul SC a menționat în cuprinsul formularului DUAЕ că îi acordă susținere contestatoarei pentru îndeplinirea cerințelor de calificare nu conferă comisiei de evaluare dreptul de a prezuma că ofertanta nu îndeplinește aceste cerințe, fără a verifica în concret dacă, prin raportare la contractele declarate de ofertantă ca experiență similară, contestatoarea îndeplinește sau nu singurările cerințele din Fișa de date referitoare la capacitatea tehnică și profesională.

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

Autoritatea contractantă a inițiat la 18.06.2022 o licitație deschisă organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect SISTEM INFORMATIC INTEGRAT PENTRU MANAGEMENTUL INSTANTELOR AFERENT PROIECTULUI „OPTIMIZAREA MANAGEMENTULUI LA NIVELUL SISTEMULUI JUDICIAR. COMPONENTA DE INSTANȚE JUDECĂTOREȘTI”, (COD SIPOCA/MYSMIS NR. 751/129513), prin publicarea anunțului de participare nr. CN1043894.

Preliminar, CNSC constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea S.A. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208572901/1, în valoare de 136.113 lei, emisă CEC BANK – SUCURSALA VICTORIA, la data de 14.11.2022.

Prin adresa nr. 5017/5234/2019/04.11.2022, CSM a comunicat S.A. următorul rezultat, preluat din raportul procedurii:

"Prin prezenta vă informăm că în urma evaluării ofertei depuse la procedura mai sus menționată, oferta depusă de dumneavoastră a fost respinsă ca INACCEPTABILĂ în conformitate cu prevederile art. 137 alin (1) și alin (2) lit. b) din HG 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice coroborat cu art. 215 alin (4) prima teza din legea 98/2016 privind achizițiile publice prin care se arată că:

"Articolul 137 (1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.”

Motiv:

Ținând cont de informațiile cuprinse în acordul de subcontractare la art.2 și art.3 prin care specificați la art. 2 că părțile au convenit să desfășoare activitățile ce se vor subcontracta, iar la art. 3 că valoarea estimată a produselor ce se vor livra de subcontractant este de 24,70% din valoarea totală a produselor oferate;

Din analiza prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) și lit. yy) din Legea nr. 98/2016 prin care se arată

Articolul 3

(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

w) furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant;

yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi;”

rezultă că ”furnizorul”, în cazul nostru, este entitatea care furnizează produse/prestează servicii de instalare a acestora către contractant, iar ”subcontractantul” execută părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

Prin urmare, subcontractantul îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractant și autoritatea contractantă, fiind implicat în procesele specifice de îndeplinire a obiectului contractului. Spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică. Totodată, spre deosebire de furnizor, subcontractantul e considerat participant în procedura de atribuire (art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), fiindu-i aplicabile, pe cale de consecință, inclusiv dispozițiile legale ce reglementează conflictul de interese. Având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, legislația în domeniul achizițiilor publice impune anumite obligații în sarcina ofertantului cu

privire la subcontractanți, obligații care nu există în cazul furnizorilor, respectiv:

- de a cuprinde în oferta sa documentele și informațiile prevăzute de lege referitor la subcontractare (informații privind partea/părțile din contract care urmează să fie îndeplinită/e de subcontractanți și valoarea acesteia, DUAЕ pentru subcontractant, acordul de subcontractare, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante);

- de a transmite, la solicitarea autorității contractante, informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să le îndeplinească efectiv.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 218 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă are obligația de a solicita, la încheierea contractului de achiziție publică, prezentarea contractelor încheiate între contractant și subcontractant/subcontractanți nominalizați în ofertă, astfel încât activitățile ce revin acestora, sume aferente prestațiilor precum și numele, datele de contact, reprezentanții legali ai noilor subcontractanți să fie cuprinse în contractul de achiziție publică.

Corelativ acestor obligații, în procesul de evaluare a ofertelor, capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși poate fi luată în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens (art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016);

Față de cele descrise mai sus, comisia de evaluare a apreciat că NU POATE AVEA CALITATEA DE SUBCONTRACTANT.

De asemenea, autoritatea contractantă nu putea să ceară înlocuirea subcontractantului propus deoarece nu sunt îndeplinite cerințele din cuprinsul art. 170 alin (1) și (2) din Legea nr. 98/2016:

Articolul 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 rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.”

Acestea sunt singurele motive reținute de comisia de evaluare și aprobate de conducătorul autorității contractante (ordonatorul principal de credite).

Orice alte motive, care nu figurează în raportul procedurii și în comunicarea ulterioară lui, nu prezintă nicio relevanță și nu sunt luate în considerare de către CNSC.

Cu alte cuvinte, orice motive suplimentare din punctul de vedere al autorității sunt nerelevante în speță și nu vor fi analizate.

Referitor la simpla invocare a "art. 137 alin (1) și alin (2) lit b) din HG 395/2016", aceasta nu este suficientă pentru a conduce la respingerea ofertei.

Mențiunea că ea „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.", fără a se arăta în concret care este acel criteriu sau care sunt acele criterii neîndeplinite, nu acoperă rigoarea legală impusă de art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016:

"(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde:

b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale;"

Soluția anulării (invalidării) actului în partea legată de motivul expus se repetă în cazul raportului procedurii nr. 5014/5234/2019/03.11.2022, care se limitează la aceeași mențiune („a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă"), de drept și de ordin general, deci care nu este concretă, contrară art. 216 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016:

"(2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații:

b) dacă este cazul, rezultatele procesului de calificare și/sau selecție a candidaților/ofertanților și/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire;

(3) Informațiile care fac obiectul alin. (2) lit. b) sunt următoarele:

b) denumirea candidaților/ofertanților respinși și motivele respingerii."

În esență, singurul motiv concret pentru care oferta S.A. a fost respinsă este că a fost declarată în ofertă drept subcontractant, în loc de a fi considerată furnizor.

Un asemenea motiv nu reflectă nicio neconformitate a ofertei și nici nu poate, el singur, să conducă la respingerea ofertei.

Cooptarea unei firme ca subcontractant, în loc de furnizor, nu este prevăzută de lege ca motiv de respingere a ofertei.

Dimpotrivă, ea este în avantajul autorității contractante, care va avea la dispoziție informații despre acel subcontractant și va putea, eventual, solicita înlocuirea lui.

Dacă a ales să își asume obligațiile unui subcontractant, mai multe decât cele ale unui furnizor, alegerea sa nu trebuie sancționată, ci dimpotrivă.

Nu este competența CSM să cenzureze calitatea de subcontractanți a participanților la procedura de atribuire.

Conform art. 53 alin. (1) din legea achizițiilor, *"Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj)", iar, până la proba contrară, respectă definiția legală de la lit. jj):*

"jj) operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:

(i) un stat membru al Uniunii Europene;

(ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);

(iii) țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul de achiziție publică atribuit intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv;

(iv) țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;

(v) țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice;"

După cum prevede art. 52 alin. (1) din legea achizițiilor publice: *"Operatorii economici care, potrivit legislației statului în care sunt stabiliți, au dreptul să presteze o anumită activitate inclusă în obiectul achiziției nu pot fi respinși numai pe motiv că, în temeiul legislației statului membru în care se atribuie contractul, sunt obligați să fie persoane fizice sau persoane juridice.",* nici nu poate fi exclus de la licitație doar pentru că participă ca subcontractant, în loc de furnizor (cum ilegal dorește CSM).

Pe de altă parte, chiar art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, în finalul său, acceptă că entitățile care pun la dispoziția ofertanților produse pot avea și calitatea de subcontractant.

Doar dacă nu sunt subcontractanți, ele trebuie tratate ca furnizori.

Contractele de furnizare de produse nu exclud subcontractarea, cum se înțelege din poziția autorității contractante.

În speță, ... nu doar că furnizează echipamente hardware și licențe, dar desfășoară mai multe activități aferente contractului de achiziție publică:

- Asigurarea experților/specialiștilor necesari în cadrul etapelor de proiect, de la analiza și proiectarea sistemului informatic integrat și

până la operaționalizarea sistemului, respectiv în perioada de garanție, garanție extinsă și suport

- Instalarea în locația Beneficiarului, configurarea și punerea în funcțiune a echipamentelor hardware furnizate și a licențelor software aferente

- Întocmirea raportului privind instalarea echipamentelor hardware

- Realizarea testelor care atestă funcționarea echipamentelor la parametrii agreeți, astfel încât echipamentele și serviciile aferente să fie acceptate de Autoritatea contractantă prin semnarea procesului verbal de recepție calitativă

- Transferul către specialiștii beneficiarului a cunoștințelor privind administrarea infrastructurii hardware furnizate.

- Asigurarea garanției, garanției extinse și suportului pentru echipamentele furnizate, precum și serviciile de help-desk aferente, conform condițiilor menționate în caietul de sarcini al procedurii.

În fapt, autoritatea contractantă a sancționat ofertantul pentru că respectă prevederile Legii nr. 98/2016. Or, respingerea unei oferte intervine dacă nu sunt îndeplinite cerințele documentației de atribuire.

Chiar argumentele autorității contractante sunt în sensul posibilității declarării unui subcontractant.

Prin urmare, în mod neîntemeiat și nelegal a reținut autoritatea contractantă că nu poate avea calitatea de subcontractat la achiziția în curs.

Este de neînțeles mențiunea prin care CSM încearcă să inducă în eroare CNSC, de la o pagină nenumărată a punctului de vedere: "În mod eronat a considerat contestatoarea că autoritatea contractantă a avut în vedere excluderea SC S.A. pe motiv că are calitatea de furnizor.", din moment ce redactarea raportului și a comunicării sunt clare: "comisia de evaluare a apreciat că NU POATE AVEA CALITATEA DE SUBCONTRACTANT."

CSM nu poate neglija ceea ce el însuși a scris cu majuscule în propriul raport și în propria comunicare.

Referirile la lipsa experienței similare și la completarea inexactă a DUAЕ sunt exterioare evaluării ofertei și raportului procedurii, neputând fi analizate cu această ocazie de către CNSC.

Dacă CSM urmărea respingerea ofertei S.A. din cauze ce țin de experiența similară/completarea DUAЕ, trebuia să le asume și să le indice precis și concret în raportul procedurii și în comunicarea rezultatului procedurii. Însă, din parcurgerea acestor acte nu reiese existența unor asemenea cauze.

Separat de cele reținute mai sus, CNSC pune accentul pe clarificarea oricăror eventuale contradicții dintre DUAЕ S.A. și DUAЕ, nicidecum pe respingerea automată a ofertei.

Pentru clarificarea contradicțiilor a fost instituit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 134 alin. (1) din normele de aplicare (*"Comisia de evaluare are obligatia de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia".*), temerea autorității contractante de avantajare a ofertantului fiind exclusă în speță.

..... S.A. declară că îndeplinește el însuși cerința experienței similare, declarație a cărei veridicitate poate și trebuie să facă obiectului unei verificări a comisiei de evaluare, pentru a nu se ajunge la respingerea unei oferte care, totuși, îndeplinește cerința în discuție.

Astfel, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor, motiv pentru care va admite contestația formulată de S.A. și va obliga autoritatea contractantă la anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 5014/5234/2019/03.11.2022, respectiv partea referitoare la respingerea ofertei S.A., și la anularea comunicării nr. 5017/5234/2019/04.11.2022, conform considerentelor de mai sus. Consiliul va dispune reevaluarea ofertei în referință, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de S.A., în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 5014/5234/2019/03.11.2022, respectiv partea referitoare la oferta S.A., și la anularea comunicării nr. 5017/5234/2019/04.11.2022.

Dispune reevaluarea acestei oferte, conform considerentelor de mai sus, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 21 de pagini.