CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C. N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestaţia (fără număr de înregistrare la emitent) din data de ....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., formulată de către ....., cu sediul social în ..... nr. ....., ...(LU), ... şi cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ....., situată în ....., str....., nr....., sector....., reprezentată legal de către ....., în calitate de preşedinte al consiliului de administraţie şi prin .....şi convenţional de ....., împotriva raportului procedurii de atribuire nr. ...../....., a adresei nr. 92/...../....., privind rezultatul procedurii de atribuire, precum şi împotriva adresei nr. 92/92623/24.11....., reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, emise de către ..... S.A., cu sediul în ....., b-dul....., nr....., sector ..... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitaţie deschisă online, divizată pe loturi – lotul 2, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziţie publică, având ca obiect „Reabilitare DN6 Alexandria-Craiova, Lot 2 : km 132+435-km 185+230 – relicitare", se solicită următoarele :

- Anularea deciziei de declarare a ofertei depuse de către Asocierea .....S.A. – ..... S.R.L. ca fiind câştigătoare şi, pe cale de consecinţă, obligarea autorităţii contractante la respingerea ofertei menţionate anterior ca fiind inacceptabilă;
- Să se constate că oferta ..... a obţinut cel mai mare punctaj prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preţ" şi, pe cale de consecinţă, obligarea autorităţii contractante la declararea acesteia ca fiind câştigătoare;

- Anularea parţială a raportului procedurii de atribuire nr. ...../..... şi refacerea, în mod corespunzător, a acestuia, în sensul desemnării ofertei ..... ca fiind câştigătoare;
- Suspendarea prezentei proceduri de achiziţie publică, până la soluţionarea prezentei contestaţii, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016;
- Obligarea autorităţii contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de prezenta contestaţie.

Prin cererea de intervenţie voluntară, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ...../12.12....., formulată de către ..... S.A., în calitate de lider al asocierii ……S.A. – ..... S.R.L., cu sediul social în ....., ..., ..., ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ....., CUI ....., reprezentată de către ....., în calitate de administrator, se solicită admiterea, în principiu şi pe fond, a prezentei cereri de intervenţie şi respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulate de către .....

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul ..... critică raportul procedurii de atribuire nr. ...../....., adresa nr. 92/...../....., privind rezultatul procedurii de atribuire, precum şi adresa nr. 92/92623/24.11....., reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, emise de către ..... S.A. în cadrul procedurii de achiziţie publică menţionată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele :

Astfel, contestatorul arată că, prin adresa nr. 92/..... din data de ....., autoritatea contractantă i-a adus la cunoştinţă faptul că oferta sa, depusă în cadrul prezentei proceduri de achiziţie publică s-a situat pe locul 2, obţinând un total de 94 de puncte.

De asemenea, prin adresa menţionată anterior, autoritatea contractantă i-a comunicat ..... că oferta desemnată câştigătoare a fost cea prezentată de către ..... S.A., care a obţinut 100 de puncte.

În cuprinsul raportului procedurii de atribuire, comunicat contestatorului tot în data de ....., s-a prevăzut că ofertantul ..... S.A. nu are declaraţi subcontractanţi în cadrul ofertei.

Cu toate acestea, obiectul contractului ce urmează a fi atribuit include unele activităţi pentru care antreprenorul are obligaţia subcontractării şi, deci obligaţia subsecventă de a declara respectivii subcontractanţi, de a depune acordurile încheiate cu aceştia şi/sau de a indica activităţile ce urmează a fi subcontractate, sub sancţiunea respingerii ofertei sale ca inacceptabilă.

Prin notificarea prealabilă, înregistrată la sediul autorităţii contractante cu nr. 92/92623 din data de 24.11....., ... a solicitat

acesteia, în esenţă, să reexamineze decizia de declarare a ofertei depuse de către asocierea ..... S.A. – ..... S.R.L. ca fiind câştigătoare şi, pe de altă parte, să declare oferta sa ca fiind câştigătoare, în condiţiile în care aceasta a obţinut cel mai bun următor punctaj, prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preţ”.

Deşi termenul în care autoritatea contractantă trebuia să comunice contestatorului dacă urma să adopte măsuri de remediere expira în data de 27.11....., răspunsul negativ al acesteia a fost transmis reprezentanţilor acestuia abia în data de 28.11....., prin adresa nr. 92/93674.

În ceea ce priveşte nelegalitatea şi netemeinicia deciziei de declararea a ofertei depuse de către asocierea ..... S.A. – ..... S.R.L. ca fiind câştigătoare, în detrimentul ofertei sale, contestatorul aduce la cunoştinţa Consiliului următoarele :

Astfel, cu privire la activităţile pentru care ofertantul are obligaţia subcontractării, contestatorul invocă prevederile art. 3 alin. (1), lit.) yy) şi precizează că, pentru orice activitate care face parte din obiectul contractului de achiziţie publică îndeplinită de către un terţ, acesta va avea statutul juridic al unui subcontractant.

În cazul specific al procedurii de atribuire în cauză, obiectul contractului este definit la Secţiunea a II-a a fişei de date a achiziţiei, după cum urmează :

„SECŢIUNEA II: OBIECTUL CONTRACTULUI

11.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziţiei/achiziţiilor

Obiectul principal îl reprezintă execuţia lucrărilor pentru reabilitarea drumului naţional 6 Alexandria-Craiova, Lot 2: km 132+435 - km 185+230, în conformitate cu condiţiile de contract FIDIC Rosu. De asemenea, în cadrul contractului vor fi realizate toate activităţile indicate în Lista de cantităţi pentru Articole Generale, în conformitate cu specificaţiile tehnice şi descrierile de preţuri pentru aceste articole. (s.n.)”.

Prin urmare, obiectul contractului include nu numai executarea lucrărilor, ci toate activităţile prevăzute în Specificaţiile Tehnice – Volumul 3.1. Articole Generale, precum :

- Asistenţă tehnică arheologică (punctul II.1.15, lit. c – pag. 16):

„În conformitate cu prevederile Ordonanţei nr. 43/2000, cu modificările şi completările ulterioare, articolul 6, Antreprenorul va asigura prezenţa pe Şantier a unei asistenţe tehnice arheologice pe întreaga perioadă de execuţie a Lucrărilor până la finalizarea lor şi să asigure acţiuni necesare în scopul protejării săpăturilor arheologice identificate în zona Şantierului.

Înaintea începerii lucrărilor de construcţie, Antreprenorul va executa, cu ajutorul unor prestatori autorizaţi dacă este cazul, toate lucrările de protejare a siturilor arheologice identificate în zona respectivă de şantier.

Antreprenorul va include în lista A., articolul GI.15, o sumă forfetară care să acopere costul asistenţei tehnice pentru lucrările arheologice cerute de reglementările naţionale (OG 43/2000).”

- Identificarea şi eliberarea zonelor de muniţii neexplodate (punctul II.1.16. – pag. 16-17):

„Antreprenorul va lua toate măsurile pentru a curăţa şi asana de orice muniţii rămase neexplodate gropile de împrumut şi orice alte locuri unde îşi desfăşoară Antreprenorul activităţile, înainte de a executa lucrări sau alte activităţi similare în acele locuri. Pentru îndeplinirea acestei sarcini, Antreprenorul va angaja, dacă este cazul, o firmă autorizată şi specializată în astfel de lucrări. Aceste activităţi se vor desfăşura în conformitate cu prevederile Legii 481/2004 privind Protecţia Civilă cu modificările şi completările ulterioare.

Antreprenorul va include în Lista A., articolul GI.16, o sumă forfetară care să acopere costurile activităţilor de curăţare şi asanare a Şantierului. (...)".

Or, articolele menţionate anterior prevăd, în mod expres, că aceste activităţi se realizează de către terţe persoane, autorizate/specializate în efectuarea respectivelor operaţiuni.

Mai mult decât atât, legislaţia specifică la care fac trimitere articolele privind asistenţa tehnică arheologică, şi, respectiv, deminarea prevede că astfel de operaţiuni pot fi derulate numai de către un personal de specialitate, atestat şi/sau autorizat şi de care ofertantul declarat câştigător nu dispune.

Astfel, art. 3 alin. (3) din O.G. nr. 43/2000 privind protecţia patrimoniului arheologic şi declararea unor situri arheologice ca zone de interes naţional prevede că :

„Cercetarea arheologică se realizează, în condiţiile prezentei ordonanţe, de către personalul de specialitate atestat şi înregistrat în Registrul arheologilor, conform prevederilor Regulamentului săpăturilor arheologice din România, precum şi cu respectarea normelor privind standardele şi procedurile arheologice şi în acord cu principiile Codului deontologic al arheologilor din România, (s.n.)".

Art. 46 din Legea nr. 481/2004, privind protecţia civilă stipulează că:

„Asanarea terenului şi neutralizarea muniţiei rămase neexplodate din timpul conflictelor armate se execută de către subunităţi specializate şi specialişti pirotehnicieni din serviciile de urgenţă profesioniste din subordinea Inspectoratului General pentru Situaţii de Urgenţă, potrivit instrucţiunilor şi normelor tehnice elaborate de Inspectoratul General pentru Situaţii de Urgenţă şi aprobate prin ordin al ministrului internelor şi reformei administrative (s.n.)"

Pe cale de consecinţă, toate aceste activităţi intră în sfera noţiunii de subcontractare, aşa cum este definită de lege, deoarece ele sunt incluse în obiectul contractului şi urmează a fi îndeplinite de către terţe persoane, iar nu de către ofertant însuşi.

Referitor la nerespectarea, de către ofertantul desemnat câştigător, a obligaţiilor privind declararea părţilor din contract pe care urmează să le subcontracteze şi a celor care vizează nominalizarea subcontractanţilor aferenţi acestora, contestatorul menţionează următoarele :

Astfel, având în vedere faptul că procedura de atribuire în cauză include în obiectul contractului activităţi pentru care este necesară subcontractarea, precum şi faptul că ofertantul desemnat câştigător nu a declarat niciun subcontractant, rezultă că oferta acestuia trebuia respinsă ca inacceptabilă.

Totodată, contestatorul admite că fişa de date a achiziţiei prevede, la Cerinţa 3, vizând capacitatea tehnică şi/sau profesională că *ofertantul are obligaţia de a preciza partea/părţile din contract pe care intenţionează să le subcontracteze*, după cum impune şi Legea nr. 98/2016 la art. 193 alin. (3).

În baza acestor obligaţii, de a preciza partea ce urmează să fie subcontractată şi de a indica subcontractanţii aferenţi, ofertantul are obligaţia subsecventă de a completa părţi suplimentare ale formularului D.U.A.E., iar subcontractanţi nominalizaţi sunt, la rândul lor, obligaţi să depună formulare D.U.A.E. separate.

De asemenea, în cuprinsul fişei de date a achiziţiei, sunt prevăzute următoarele :

„Ofertanţii vor încărca în mod obligatoriu în SEAP, împreună cu D.U.A.E. şi cu oferta, acordul/acordurile de subcontractare încheiate între contractant şi subcontractantul/subcontractanţii nominalizat/nominalizaţi în ofertă, astfel încât activităţile ce revin acestuia/acestora, precum şi sumele aferente prestaţiilor, să poată fi cuprinse în contractul de subcontractare ce va fi prezentat la încheierea contractului de achiziţie publică. (...)”

Sancţiunea nerespectării acestor obligaţii este specificată tot în fişa de date a achiziţiei, în cadrul Secţiunii IV.4.3) - „Modul de prezentare a ofertei", astfel :

„Nedepunerea în S.E.A.P. odată cu oferta şi cu D.U.A.E. a acordului/acordurilor de subcontractare atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă”.

În plus, potrivit art. 216 alin. (2), lit. e) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, *„partea/părţile din contract care urmează să fie subcontractate trebuie indicate şi în raportul procedurii de atribuire”,* cerinţă neîndeplinită în speţa de faţă.

Având în vedere necesitatea specializării şi atestării/înregistrării persoanelor care pot îndeplini activităţile referitoare la asistenţă tehnică arheologică şi deminare, niciun ofertant care nu dispune de un astfel de personal nu poate susţine, în mod rezonabil, că nu îşi prefigurează subcontractarea respectivelor activităţi către terţe persoane.

..... a respectat toate aceste dispoziţii legale şi cerinţe ale fişei de date a achiziţiei şi, pe cale de consecinţă a încheiat acorduri de subcontractare cu Muzeul Naţional al Unirii Alba lulia - pentru activităţi privind asistenţa tehnică arheologică - şi, respectiv, cu societatea Pirotehnic OBS S.R.L. - pentru activităţi privind deminarea. Aceşti terţi au fost declaraţi în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ca având calitatea de subcontractanţi, după cum rezultă din tabelul privind datele de identificare ale

ofertanţilor/ofertanţilor asociaţi/ subcontractanţilor / terţilor susţinători, anexat, în copie, la dosarul cauzei.

În opinia contestatorului, luarea în calcul a unor astfel de subcontractanţi, pentru activităţi a căror necesitate de subcontractare este evidentă la momentul depunerii ofertei şi a D.U.A.E., influenţează oferta financiară şi componenta tehnică a participanţilor la prezenta procedură de achiziţie publică.

În condiţiile în care, asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L. nu a respectat dispoziţiile legale şi cerinţele din fişa de date a achiziţiei, privind obligaţia de a declara părţile din contract ce urmează a fi subcontractate, precum şi obligaţia de a nominaliza subcontractanţii aferenţi, neîndeplinirea condiţiilor legale pentru a-i fi atribuit contractul de lucrări în cauză este dublată de vicii semnificative ale punctajului acordat ofertei sale, care a depăşit cu doar 6 puncte punctajul acordat ofertei .....

Pe cale de consecinţă, întrucât există cel puţin două articole în Specificaţiile Tehnice pentru care ofertanţii sunt obligaţi să subcontracteze realizarea respectivelor activităţi către terţe persoane specializate, iar asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L. nu a indicat niciun astfel de subcontractor, rezultă că oferta acesteia trebuia respinsă ca inacceptabilă.

Concluzionând, ... solicită Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor să dispună următoarele :

- Anularea deciziei de declarare a ofertei depuse de către Asocierea ……S.A. – ..... S.R.L. ca fiind câştigătoare şi, pe cale de consecinţă, obligarea autorităţii contractante la respingerea ofertei menţionate anterior ca fiind inacceptabilă;
- Să se constate că oferta ..... a obţinut cel mai mare punctaj prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preţ” şi, pe cale de consecinţă, obligarea autorităţii contractante la declararea acesteia ca fiind câştigătoare;
- Anularea parţială a raportului procedurii de atribuire nr. ...../..... şi refacerea, în mod corespunzător, a acestuia, în sensul desemnării ofertei ..... ca fiind câştigătoare;
- Suspendarea prezentei proceduri de achiziţie publică, până la soluţionarea prezentei contestaţii, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016;
- Obligarea autorităţii contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de prezenta contestaţie.

În probaţiune, contestatorul a depus la dosarul cauzei, în copie, înscrisuri.

Prin cererea de intervenție voluntară, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ...../12.12....., ... S.A. solicită admiterea, în principiu şi pe fond, a prezentei cereri de intervenţie şi respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulate de către ....., pentru următoarele considerente :

Astfel, ... S.A. arată că este în drept să formuleze prezenta cerere de intrevenţie, întrucât oferta sa a fost desemnată câştigătoare.

Referitor la susţinerea ..... din cuprinsul contestaţiei formulate, potrivit căreia oferta ..... S.A. trebuia respinsă ca inacceptabilă, pe motiv că nu au fost declaraţi subcontractanţii de specialitate pentru activităţile de cercetare arheologică şi deminare, intrevenientul precizează că nu există nicio prevedere legală sau de altă natură, care să impună „obligaţia absolută” de a declara toţi subcontractanţii în etapa ofertării.

În acest sens, intervenientul invocă şi prevederile art. 218 şi următoarele din Legea nr. 98/2016, pe cele ale sub-clauzei 4.4 din Condiţiile Speciale din Contract, cele stipulate de art. 11 din Acordul Contractual, parte a documentaţiei de atribuire, aferentă procedurii de atribuire în cauză, precum şi dispoziţiile art. 151 din H.G. nr. 395/2016.

Conform susţinerilor intervenientului, toate şi fiecare dintre prevederile legale sau contractuale menţionate anterior dau posibilitatea ofertantului declarat câştigător de a nominaliza şi ulterior semnării contractului subcontractori, cu condiţia ca respectiva nominalizare să nu conducă la o modificare a ofertei tehnice.

De asemenea, intervenientul menţionează că, din textele legale invocate anterior, rezultă că niciun ofertant nu poate fi obligat la nominalizarea tuturor subcontractanţilor în faza de ofertare.

Totodată, intervenientul admite că pot exista situaţii în care autoritatea contractantă să solicite, în mod expres şi neechivoc, indicarea unei anumite categorii de subcontractanţi încă din etapa atribuirii, însă nu este cazul prezentei proceduri de achiziţie publică.

Ceea ce este evident şi se desprinde din simpla lecturare a textului art. 193 din Legea nr. 98/2016 este că, în situaţia în care, un ofertant declară un subcontractor la faza de ofertare, atunci este obligat să depună odată cu D.U.A.E. şi acordul de subcontractare, devenind incidente cazurile de declarare a ofertei ca inadmisibilă, la care face trimitere contestatorul.

În opinia intervenientului, ceea ce a omis contestatorul este faptul că ofertanţii nu au avut obligaţia de a declara aceşti subcontractori în faza de depunere a ofertelor.

Mai mult decât atât, intervenientul subliniază că nu a fost prevăzut în documentaţia de atribuire ca ofertanţii să declare acest tip de subcontractori încă din faza de depunere a ofertelor şi nu a existat nicio clarificare ulterioară prin care să se înţeleagă acest fapt.

Or, în lipsa unei astfel de solicitări şi prin raportare la obiectul prinicipal al prezentului contract de achiziţie publică, aşa cum rezultă şi din codurile CPV ale procedurii, respectiv :

45233130-9 Lucrări de construcţii şi drumuri naţionale (Rev.2)

45221111-3 Lucrări de construcţii de poduri rutiere (Rev 2), ofertanţii sunt obligaţi să facă dovada minimă privind capacitatea de îndeplinire a contractului raportat la aceste activităţi, autoritatea contractantă nesolicitând ca obiect principal al contractului lucrări arheologice sau deminare.

În cadrul Specificaţiilor Tehnice – Volumul 3.1.Articole Generale, invocate de către contestator, sunt cuprinse un număr foarte mare de

activităţi conexe, obligaţia ofertanţilor fiind aceea de a arăta în cuprinsul propunerilor tehnice şi respectiv financiare că pot şi se angajează că le vor executa, modul în care le vor executa, precum şi preţurile pentru aceste activităţi.

Pe cale de consecinţă, ... S.A. a respectat întocmai toate prevederile din documentaţia de atribuire, respectiv a prevăzut în cuprinsul propunerii tehnice informaţiile necesare cu privire la două activităţi şi modul în care acestea trebuie executate, în conformitate cu cerinţele caietului de sarcini. De asemenea, costurile celor două operaţiuni (arheologice şi deminare) sunt cuprinse în propunerea financiară în Articole Generale.

Referitor la alte proceduri invocate de către ..... , în cadrul cărora autoritatea contractantă ar fi eliminat societatea pentru acelaşi motiv, respectiv lipsa subantreprenorilor de specialitate, intervenientul subliniază că fiecare procedură de atribuire este diferită, astfel că nu este relevantă o asemenea comparaţie în speţa de faţă.

Pentru a demonstra acest aspect, precum şi pentru a aduce la cunoştinţa Consiliului că atunci când autoritatea contractantă a dorit să solicite declararea anumitor subcontractori, cu ocazia depunerii ofertei, a făcut-o în mod expres, aşa cum rezultă din fila 156 din Cerinţele Beneficiarului, aferente procedurii „Proiectare şi execuţie Varianta de ocolire Timişoara Sud", anexată, în copie, la dosarul cauzei, potrivit căreia :

„Antreprenorul va nominaliza obligatoriu subcontractantul/subcontractanţii care va/vor executa/presta activitatea de cercetare arheologică, până la momentul depunerii ofertei".

În ceea ce priveşte posibilitatea contestatorului de analiza şi prezenta şi alte argumente ca urmare a studierii dosarului achiziţiei publice, ... S.A. solicită Consiliului să aibă în vedere împrejurarea că oferta sa tehnică şi financiară sunt protejate de dreptul de proprietate intelectuală, orice punere la dispoziţia ..... a documentelor de natură confidenţială putând afecta, în mod grav, interesele societăţii sale.

Faţă de cele prezentate mai sus, ... S.A. solicită Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor admiterea prezentei cereri de intervenţie şi respingerea contestaţiei formulate de către .....

În probaţiune, intervenientul a depus la dosarul cauzei, în copie, înscrisuri.

La dosarul cauzei, în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a fost de depus punctul de vedere al autorităţii contractante nr. 92/99005/15.12....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 53697/15.12....., referitor la contestaţia formulată de ....., prin care se precizează următoarele :

Referitor la punctul II din cuprinsul contestaţiei, şi anume „Nelegalitatea şi netemeinicia deciziei de declarare a ofertei depuse de asocierea ……S.A. – ..... S.R.L. ca fiind câştigătoare în

detrimentul ofertei depuse de subscrisa", autoritatea contractantă aduce la cunoştinţa Consiliului următoarele :

Aspectele prezentate de către ..... în cuprinsul contestaţiei formulate se rezumă la un singur aspect, şi anume lipsa subcontractanţilor din oferta depusă de către asocierea formată din ..... S.A. - ..... S.R.L., oferta desemnată câştigătoare.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în cadrul fişei de date a achiziţiei, Secţiunea II : Obiectul contractului, punctul II.1.5 – Descrierea succintă a contractului sau a achiziţiei/achiziţiilor a prevăzut următoarele:

„Obiectivul principal îl reprezintă execuţia lucrărilor pentru reabilitarea drumului naţional 6 Alexandria-Craiova, Lot 2 : km 132+435 – km 185+230, în conformitate cu condiţiile de contract FIDIC Roşu. De asemenea, în cadrul contractului vor fi realizate toate activităţile indicate în Lista de cantităţi pentru Articole Generale, în conformitate cu specificaţiile tehnice şi descrierile de preţuri pentru aceste articole".

Astfel, cum chiar ..... a prezentat în cadrul punctului 11 din contestaţie, activităţile prevăzute în specificaţiile tehnice, şi anume :

- **Asistenţă tehnică arheologică** (punctul II.1.15, lit. c – pag. 16):

„În conformitate cu prevederile Ordonanţei nr. 43/2000, cu modificările şi completările ulterioare, articolul 6, Antreprenorul va asigura prezenţa pe Şantier a unei asistenţe tehnice arheologice pe întreaga perioadă de execuţie a Lucrărilor până la finalizarea lor şi să asigure acţiuni necesare în scopul protejării săpăturilor arheologice identificate în zona Şantierului.

Înaintea începerii lucrărilor de construcţie, Antreprenorul va executa, cu ajutorul unor prestatori autorizaţi dacă este cazul, toate lucrările de protejare a siturilor arheologice identificate în zona respectivă de şantier.

Antreprenorul va include în lista A., articolul GI.15, o sumă forfetară care să acopere costul asistenţei tehnice pentru lucrările arheologice cerute de reglementările naţionale (OG 43/2000)," conform cărora ofertanţii aveau obligaţia de a include în lista A, articolul GI.15, o sumă forfetară care să acopere costul Asistenţei tehnice arheologice şi costurile pentru lucrările de protejare a siturilor arheologice, lucrări ce se vor executa cu ajutorul unor prestatori autorizaţi, doar dacă este cazul.

Identificarea şi eliberarea zonelor de muniţii neexplodate (punctul II.1.16. – pag. 16-17):

„Antreprenorul va lua toate măsurile pentru a curăţa şi asana de orice muniţii rămase neexplodate gropile de împrumut şi orice alte locuri unde îşi desfăşoară Antreprenorul activităţile, înainte de a executa lucrări sau alte activităţi similare în acele locuri. Pentru îndeplinirea acestei sarcini, Antreprenorul va angaja, dacă este cazul, o firmă autorizată şi specializată în astfel de lucrări. Aceste activităţi se vor desfăşura în conformitate cu prevederile Legii 481/2004 privind Protecţia Civilă cu modificările şi completările ulterioare.

Antreprenorul va include în Lista A., articolul GI.16, o sumă forfetară care să acopere costurile activităţilor de curăţare şi asanare a Şantierului. (...)", potrivit cărora, ofertanţii aveau obligaţia de a include în lista A, articolul GI.16, o sumă forfetară care să acopere costurile activităţilor de curăţare şi asanare a şantierului, urmând ca antreprenorul, dacă este cazul, să angajaze o firmă autorizată şi specializată în astfel de lucrări.
În sensul celor expuse anterior, autoritatea contractantă mai precizează că, la pagina 13 din cadrul ofertei financiare prezentate de către asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L.se regăseşte articolul GI.15 „Asigurarea investigaţiilor arheologice şi a asistenţei tehnice arheologice până la finalizarea Lucrărilor, potrivit Clauzei 11.1.15 din Specificaţii Tehnice pentru Articole Generale" şi articolul GI.16 „Alocare pentru identificarea şi asanarea Şantierului de orice muniţii (neexplodate sau altele), potrivit Clauzei II.1.16 din Specificaţii Tehnice pentru Articole Generale".

Totodată, potrivit prevederilot art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 : *„Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanţi, pe durata executării contractului de achiziţie publică, cu condiţia ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanţială a contractului de achiziţie publică, în condiţiile art. 221"*.

Prin urmare, asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L., în cadrul ofertei depuse, a prezentat Lista de cantităţi pentru Articole Generale, în conformitate cu specificaţiile tehnice şi descrierile de preţuri pentru aceste articole, iar pe parcursul derulării contractului de execuţie, în funcţie de necesităţile apărute, conform art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, va putea implica noi subcontractanţi.
Concluzionând, ... S.A. consideră contestaţia formulată de către ca neîntemeiată şi neforndată.

Alăturat punctului de vedere, autoritatea contractantă a depus, în copie, dosarul achiziţiei publice.
În urma studierii dosarului achiziţiei publice şi în replică faţă de punctul de vedere al autorităţii contractante nr. 92/99005/15.12....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 53697/15.12..... şi faţă de cererea de intervenţie, formulată de către ..... S.A., la data de 19.12....., ... a depus la dosarul cauzei adresa, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 54297/19.12....., denumită „Concluzii scrise", prin care solicită Consiliului să respingă argumentele exprimate de către ..... S.A., prin punctul de vedere menţionat anterior, să admită contestaţia sa, astfel cum a fost formulată şi, pe cale de consecinţă, să dispună următoarele :

- Anularea deciziei de declarare a ofertei depuse de către Asocierea ……..S.A. – ..... S.R.L. ca fiind câştigătoare şi, pe cale de consecinţă, obligarea autorităţii contractante la respingerea ofertei menţionate anterior ca fiind inacceptabilă;
- Să se constate că oferta ..... a obţinut cel mai mare punctaj prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preţ" şi, pe

cale de consecinţă, obligarea autorităţii contractante la declararea acesteia ca fiind câştigătoare;
- Anularea parţială a raportului procedurii de atribuire nr. ...../..... şi refacerea, în mod corespunzător, a acestuia, în sensul desemnării ofertei ..... ca fiind câştigătoare;
- Suspendarea prezentei proceduri de achiziţie publică, până la soluţionarea prezentei contestaţii, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016;
- Obligarea autorităţii contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de prezenta contestaţie.
În susţinerea solicitărilor sale, contestatorul combate, punctual, argumentele invocate de către autoritatea contractantă în punctul de vedere formulat şi de către ..... S.A. în cererea de intervenţie.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... S.A. a inițiat o procedură de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Reabilitare DN6 Alexandria-Craiova, Lot 2: km 132+435 – km 185+230 - relicitare”, cod CPV 45233130-9 Lucrări de construcții de drumuri naţionale (Rev.2) şi 45221111-3 Lucrări de construcţii de poduri rutiere (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunţului de participare nr. ...../.....

În anunţul de participare şi în documentația de atribuire, criteriul de atribuire menționat a fost *„cel mai bun raport calitate-preț”,* iar valoarea estimată a contractului de lucrări, este în valoare de 267.153.697,92 lei, fără TVA.

În soluționare, Consiliul are în vedere faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, anterior au mai fost formulate trei contestații, de către S.C. ……..S.A., S.C. ……S.A., în calitate de lider al asocierii S.C. ……..93 S.A. –…….– S.C. …….S.R.L. şi de către S.C. ……S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. …….S.R.L. –……, sens în care a fost pronunțată Decizia C.N.S.C. nr. ……./...../……/……../..... din data de 29.11....., de respingere ca nefondate a celor trei contestaţii. Se are în vedere că cele trei societăți contestatoare au reclamat rezultatul procesului de evaluare a propunerilor tehnice.

În speța în analiză, în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, ... a transmis autorității contractante Notificarea prealabilă din data de 24.11....., la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 92/93674/28.11....., precizând faptul că nu va adopta măsurile de remediere solicitate.

Deoarece Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea contestaţiei nr. ...../....., formulată de către ....., prin Încheierea nr.

656/...../..... din data de 11.12....., prin prezenta urmează a fi soluţionate capetele de cerere cu privire la fondul cauzei.

Cu privire la Cererea de intervenție voluntară înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ...../12.12....., formulată de asocierea ……S.A. - ..... S.R.L., Consiliul apreciază că aceasta nu poate fi principală, având în vedere că, potrivit art. 61 alin. (2) Cod de procedură civilă, intervenţia este principală când cel care intervine pretinde pentru sine, în tot sau în parte dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Tocmai de aceea intervenţia principală este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată (art. 62 alin. 1 Cod de procedură civilă), având natura juridică a acesteia, şi se îndreaptă împotriva ambelor părţi iniţiale din proces, contestatoare şi autoritate contractantă, în cazul de referinţă.

Ofertanţii declaraţi câştigători şi care urmăresc să îşi prezerve acest status printr-o intervenţie în procesul care se poartă în faţa Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenţiei accesorii, în favoarea şi pentru întărirea argumentelor autorităţii contractante (sprijinirea poziţiei autorităţii contractante este de esenţa intervenţiei accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenţiei principale este reacţia potrivnică atât faţă de contestator, cât şi faţă de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenţie principală ar însemna că îmbrăţişează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorităţii contractante (altfel spus, împotriva autorităţii contractante) prin care ei au fost desemnaţi câştigători, ceea ce este lipsit de interes.

În speţă, se poate observa că motivarea asocierii interveniente…….. S.A. - ..... S.R.L., se suprapune celei a autorităţii contractante, interesul ambelor fiind de a obţine respingerea contestaţiei şi confirmarea legalităţii actului autorităţii de atribuire a contractului. Obiectul cererii de intervenţie în litigiu, respectiv solicitarea de respingere a contestaţiei este identic cu obiectul exprimat de achizitoare în punctul său de vedere.

Cu privire la admiterea, în principiu, a cererii de intervenție voluntare formulată de către ……..S.A. - ..... S.R.L., Consiliul, văzând că societatea are calitate şi capacitate procesuală şi a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, în calitate de ofertantă desemnată câştigătoare, în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod de procedură civilă o încuviinţează în principiu ca cerere de intervenţie accesorie în interesul autorităţii contractante, aceasta fiind formulată cu respectarea dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la*

acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie deomonstrat prin orice mijloace".

Dispozițiile art 19 alin. (3) prevăd următoarele: *„În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți".*

Potrivit art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele: *"Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispoziţiilor legale privind liberul acces la informaţiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorităţii contractante,* ***autoritatea contractantă are obligaţia de a nu dezvălui informaţiile transmise de operatorii economici indicate de aceştia ca fiind confidenţiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale şi elementele confidenţiale ale ofertelor****".*

La art. 217 alin. (4) ***"Dosarul achiziției publice are caracter de document public",*** iar alin. (5) din cadrul aceluiaşi aliniat se stipulează că *„**Accesul** persoanelor la dosarul achiziţiei publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public* ***şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii".***

Ținând seama de faptul că în cadrul ofertei depuse, asocierea ……S.A. - ..... S.R.L. a prezentat declarație de confidențialitate declarând ca fiind confidențiale propunerea tehnică, propunerea financiară și toate clarificările /documentele privind propunerea tehnică și financiară, Consiliul a pus la dispoziția ..... dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale, mai sus amintite.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a ținut seama de argumentele menționate de asocierea ……S.A. - ..... S.R.L. în cadrul declarației de confidențialitate prezentată.

Date fiind rigorile la care este supus Consiliul prin regulile precitate, nu au fost puse la dispoziţia ..... toate documentele provenind de la asocierea ……S.A. - ..... S.R.L., mai puțin cele amintite, întrucât constituie informaţii declarate confidenţiale. Conform art. 217 alin. (5) din ordonanţă, accesul persoanelor la aceste informaţii se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi

restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Având în vedere cele mai sus reţinute şi dispoziţiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea societății contestatoare de studiere a dosarului cauzei, acesta prezentându-se, în acest sens, la sediul CNSC și transmițând concluziile scrise cu actul înregistrat la Consiliu sub nr. 54297/19.12.....

În conformitate cu dispoziţiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluţionare a contestaţiilor se desfăşoară cu respectarea principiilor legalităţii, celerităţii, contradictorialităţii, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecinţă, Consiliul va lua în considerare apărările şi argumentele aduse de petenţi formulate şi înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Potrivit Raportului procedurii de atribuire nr. ...../....., la procedura de atribuire în cauză au depus ofertă un număr de 13 operatori economici. În urma derulării procesului de evaluare și aplicării criteriului de atribuire, oferta depusă de către asocierea .....S.A. - ..... S.R.L. a fost declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, oferta depusă de S.C. ..... s-a clasat pe locul al doilea. Ulterior evaluării ofertelor şi comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, ... a depus la Consiliu contestaţia de faţă.

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a fost transmisă de către autoritatea contractantă către ....., prin adresa nr. 92/...../.....

Analizând criticile formulate de ....., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul de evaluare al ofertei declarate câștigătoare, care în opinia contestatorului a fost defectuoasă. Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că, în opinia sa, ofertantul declarat câștigător nu a declarat subcontractanți pentru executarea unor activități cuprinse în obiectul contractului de achiziție, respectiv asistență tehnică arheologică și identificarea și eliberarea zonelor de muniții neexplodate.

Autoarea contestației reclamă faptul că activitățile amintite (asistență tehnică arheologică și deminare) pot fi derulate doar de personal de specialitate, atestat și/sau autorizat, iar asocierea..... S.A. - ..... S.R.L. nu a declarat subcontractanți pentru executarea acestor activități.

În replică la cele reclamate, achizitoarea susține că potrivit documentației de atribuire ofertanții aveau obligaţia de a include in lista A, articolul GI.15, o suma forfetara care sa acopere costul asistentei tehnice arheologice si costurile pentru lucrările de protejare a siturilor arheologice, lucrări ce se vor executa cu ajutorul unor prestatori autorizaţi *doar daca este cazul.* În mod similar și în cazul lucrărilor de deminare, ofertanții

aveau obligaţia de a include in lista A, articolul GI.16, o suma forfetara care sa acopere costurile activitatilor de curatare si asanare a șantierului, urmând ca antreprenorul, daca este cazul, sa angajeze o firma autorizata si specializata in astfel de lucrări.

S-a mai adăugat că potrivit prevederilor art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016: *"Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanti, pe durata executării contractului de achiziţie publică, cu condiţia ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanţială a contractului de achiziţie publică, în condițiile art. 221.*

Aşadar, ofertantul Asocierea .....SA - ..... SRL, in cadrul ofertei depuse, prezintă Lista de cantitati pentru Articole Generale, in conformitate cu specificaţiile tehnice si descrierile de preturi pentru aceste articole, iar pe parcursul derulării contractului de executie, in funcţie de necesităţile aparute, conform art 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, va putea implica noi subcontractanţi".

Așadar problema care se impune a fi dezlegată de Consiliu constă în obligația sau nu a declarării tuturor subcontractanților care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, la faza de ofertare, respectiv la data depunerii ofertelor.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de autoarea contestației, Consiliul găseşte util expunerea câtorva elemente din cadrul documentaţiei de atribuire, menite să înlesnească înţelegerea ei, cât şi să îi circumstanţieze soluţionarea.

Consiliul are în vedere că obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză constă în executia lucrărilor pentru reabilitarea Drumului National 6 Alexandria - Craiova, Lot. 2: km 132+435 - km 185+230, în conformitate cu conditiile de contract FIDIC Rosu.

S-a mai menționat la pct. II.1.5) *Descrierea succinta a contractului sau a achizitiei/achizitiilor din cadrul fișei de date a achiziției că: "*De *asemenea, in cadrul contractului vor fi realizate toate activitatile indicate in Lista de cantitati pentru Articole Generale, in conformitate cu specificatiile tehnice si descrierile de preturi pentru aceste articole".*

Achizitoarea a menționat la pct. II.2.1 în cadrul Fișei de date a achiziției următoarele:

"Lungimea drumului care urmeaza sa fie reabilitat este de 48,009 km. AC isi rezerva dreptul de a efectua modificari ale contractului in temeiul art. 221 din L98/2016 cu privire la urmatoarele aspecte: modificari ale cantitatilor pentru un articol de lucrari din contract ca urmare a remasuratorilor; modificari ale calitatii si ale altor caracteristici ale unui articol de lucrari; modificari ale cotelor, pozitiilor si/sau dimensiunilor unei parti din Lucrare; modificari generate de omiterea unor lucrari; modificari generate de orice lucrare suplimentara, Echipament, Materiale sau servicii necesare pentru Lucrarile Permanente, impreuna cu Testele la Terminare aferente, foraje si alte activitati de testare si investigare; modificari ale solutiei de proiectare, ca urmare a adaptarii PT-ului la natura terenului; modificari generate de solicitarile proprietarilor de retele de utilitati; modificari ale culoarului de expropriere; modificari ale duratei de executie; modificari legislative sau de norme tehnice/normative/standarde; modificari generate de cerinte ale autoritatilor de mediu; modificari generate de autoritati locale/centrale, cerute prin diverse avize/acorduri/autorizatii solicitate; modificari generate de renuntare la unele articole de lucrari; modificari generate de acorduri, conventii, intelegeri ale statului/autoritatilor locale cu alte state;

modificari generate de aplicarea legii monumentelor istorice; modificari generate de optimizarea proiectului; modificari generate de includerea de noi subcontractanti si/sau inlocuirea subcontractantilor initiali; modificari generate de schimbarea metodologiei de executie ca urmare a modificarii solutiei de proiectare sau a adaptarii la natura terenului; modificari generate de schimbarea personalului cheie; modificari generate de expertize tehnice; modificari ale valorii minime a certificatelor interimare de plata. Aceste modificari pot fi realizate ulterior semnarii contractului, in conditiile prevazute de H.G. .....05/2010 si Ordinul MT 146/2011 cu modificarile si completarile ulterioare, si numai in situatia in care acestea nu se incadreaza in prevederile art. 221, alin (7) din Legea 98/2016.

De asemenea, in sensul art. 221 din L98/2016, AC poate prelungi durata contractului de achizitie publica. Motivele prelungirii duratei contractului ce pot surveni in timpul derularii contractului: procesul de expropriere nu este integral finalizat; descoperirea unor retele de utilitati care nu au fost mentionate in avizele initiale emise de proprietarii retelelor de utilitati; identificarea de situri arheologice suplimentare fata de cele identificate la nivelul proiectului tehnic; mobilizarea slaba si indelungata a Antreprenorului; conditii meteo nefavorabile; necesitatea executarii unor lucrari suplimentare care nu au fost prevazute in contractul initial; intarzieri in obtinerea de avize/autorizatii; cerinte suplimentare din partea beneficiarilor sau a proprietarilor de retele de utilitati; intarzieri cauzate de autoritatile locale; diverse cerinte ale autoritatilor locale/ centrale; diverse cerinte ale autoritatilor de mediu; omiterea unor lucrari din Proiectul Tehnic; adaptarea PT-ului la natura terenului; necesitatea realizarii de exproprieri suplimentare; modificari legislative sau de normative/standarde. Mai multe informatii se regasesc in conditiile de contract, *care presupune întocmire proiect tehnic de execuţie, detalii de execuţie, documentaţii tehnice pentru obţinerea avizelor, inclusiv obţinerea acestora, proiect pentru obţinerea autorizaţiei de construire, proiect de organizare a execuţiei lucrărilor, execuţie lucrări şi asistenţă tehnică din partea proiectantului pe perioada derulării contractului".*

Se are în vedere că în cadrul fișei de date a achiziției sunt menționate cerințe vizavi de modul de elaborare atât a propunerii tehnice, cât și a propunerii financiare. Astfel, la capitolul IV.4.2) *"Modul de prezentare a propunerii financiare"* autoritatea contractantă a stabilit că:

„Ofertantii vor avea in vedere ca necriptarea valorii totale a Propunerii Financiare in SEAP si incarcarea documentelor de fundamentare a valorii Propunerii Financiare in alta sectiune decat cea exclusiv dedicata de SEAP pentru aceasta operatiune atrage dupa sine neinregistrarea lor ca ofertanti in sectiunea "Detalii procedura - Evaluare" si la imposibilitatea realizarii evaluarii ofertelor acestora.

Propunerea Financiara trebuie sa fie prezentata in Lei, valorile fiind exprimate cu maxim doua zecimale.

Documentele de fundamentare a valorii Propunerii Financiare care vor fi prezentate in cadrul ofertei sunt:

a) Formularul nr. 8 „Propunerea Financiara", in conformitate cu modelul prezentat in Sectiunea „Formulare" a Documentatiei de Atribuire

b) Anexa la oferta (Anexa 1 la Formularul nr. 8) semnata si stampilata de reprezentatul legal al Ofertantului unic. In cazul unei Asocieri, Anexa 1 va fi semnata in cadrul aceluiasi exemplar de reprezentatul legal al fiecarui ofertant asociat (in conformitate cu modelul pus la dispozitie).

d) Listele de cantitati (Anexa 2 la Formularul nr. 8) cuprinse in documentatia de atribuire, completate conform instructiunilor.

Nota 1: Ofertantii trebuie sa stabileasca preturi separate pentru fiecare articol din Listele de Cantitati si trebuie sa urmeze instructiunile cu privire la transferul totalurilor alternative in Centralizatorul furnizat in Listele de Cantitati.

Nota 2: Preturile si tarifele incluse in coloana Pret Unitar din Listele de Cantitati vor reprezenta costul total al lucrarilor descrise in cadrul articolelor, incluzand toate costurile si cheltuielile necesare in si pentru construirea lucrarilor descrise impreuna cu orice alte lucrari temporare si instalatii ce ar putea fi necesare, precum si toate riscurile generale, responsabilitatile si obligatiile stabilite sau incluse in documentatia care sta la baza elaborarii ofertei. Profitul, costurile de organizare si plata pentru toate obligatiile vor fi distribuite in mod egal pentru toate preturile unitare. Tarifele si preturile unitare trebuie introduse pentru fiecare articol din Listele de Cantitati.

Nota 3: In Listele de Cantitati, tarifele si preturile trebuie introduse in coloanele corespunzatoare. TOATE TARIFELE SI PRETURILE TREBUIE SA FIE OFERTATE IN LEI CU MAXIM

DOUA ZECIMALE. Atunci cand pentru un articol din Listele de Cantitati nu este indicat un pret, se va considera ca acest pret este inclus in celelalte preturi unitare din Contract.

Nota 4: Atunci cand un articol caruia ii corespunde acelasi cod, denumire si descriere de pret se regaseste in mai multe Liste de Cantitati, pretul unitar ofertat pentru acesta, de regula, va fi acelasi in toate Listele de Cantitati. In caz contrar, ofertantul va trebui sa prezinte justificari in cadrul ofertei sau la solicitarea Comisiei de evaluare.

Nota 5: Listele de Cantitati sunt puse la dispozitie in SEAP, impreuna cu documentatia de atribuire, in format electronic EXCEL. Fisierul EXCEL este aranjat in pagina pentru printare, iar VALORILE SE VOR INTRODUCE OBLIGATORIU DOAR CU DOUA ZECIMALE.

(…).”

Iar la capitolul IV.4.1*) ”Modul de prezentare a propunerii tehnice*”, sunt menționate următoarele:

” Ofertantul are obligatia de a elabora si a prezenta Propunerea Tehnica astfel incat sa corespunda cerintelor minime prevazute in Caietele de Sarcini din cadrul Documentatiei de Atribuire.

Pentru structurarea informatiei, ofertantul va completa si va include in mod obligatoriu in Propunerea sa Tehnica sectiunile indicate in cuprinsul Formularului nr. 4 "Propunere Tehnica", sectiuni care cuprind informatii privind "Metodologia de lucru", "Programul de executie a lucrarilor si fluxul de numerar", "Programul Antreprenorului de control al calitatii", "Organizarea de santier si surse de materiale", "Echipamente/ instalatii/ utilaje la dispozitia ofertantului pentru executarea contractului", "Personalul disponibil si propus de ofertant pentru executarea contractului", "Lista furnizorilor de materiale", "Orice alte informatii relevante pentru demonstrarea conformitatii propunerii tehnice raportat la cerintele solicitate prin Caietele de Sarcini si Documentatia tehnica".

De asemenea prezintă relevanță în soluționare și faptul că achizitoarea a pus la dispoziția operatorilor economici și formularul - Listele de cantitati (Anexa 2 la Formularul nr. 8) cuprinse in documentatia de atribuire, completate conform instructiunilor. În cadrul Listei A-Articole generale sunt menționate la pozițiile 14 și 15:

- asigurarea investigaţiilor arheologice si a asistentei tehnice arheologice pana la finalizarea Lucrărilor, potrivit Clauzei 11.1.15. C din Specificaţii Tehnice Dentru Articole Generale
- alocare pentru identificarea si asanarea Şantierului de orice muniţii (neexplodate sau altele) potrivit Clauzei 11.1.16 din Specificaţii Tehnice pentru Articole Generale.

Referințe despre modul de elaborare al ofertei se regăsesc și în cadrul documentului intitulat *Specificaţiile Tehnice - Volumul 3.1. Articole Generale,* capitolul II.1.15. *Desene și proiectare, asistența proiectantului, asistența tehnică arheologică și remedierea degradărilor la lucrări existente și II.1.16 Identificarea și eliberarea zonelor de muniții neexplodate”* fiind relevante următoarele paragrafe dedicate activităților de asistență tehnică arheologică și deminare (filele 16 și 17), respectiv:

” C. Asistenţa tehnică arheologică

În conformitate cu prevederile Ordonanţei nr. 43/2000 cu modificările şi completările ulterioare, articolul 6, Antreprenorul va asigura prezenţa pe Şantier a unei asistenţe tehnice arheologice pe întreaga perioadă de execuţie a Lucrărilor până la finalizarea lor şi să asigure acţiuni necesare în scopul protejării săpăturilor arheologice identificate în zona Şantierului.

Înaintea începerii lucrărilor de construcţie, Antreprenorul va executa, cu ajutorul unor prestatori autorizaţi dacă este cazul, toate lucrările de protejare a siturilor arheologice identificate în zona respectivă de şantier.

Antreprenorul va include în lista A., articolul GI.15, o sumă forfetară care să acopere costul asistenţei tehnice pentru lucrările arheologice cerute de reglementările naţionale (OG 43/2000).

(...) II.1.16. Identificarea și eliberarea zonelor de muniții neexplodate

Identificarea şi eliberarea zonelor de muniţii neexplodate (pct. 11.1.16. - p. 16-17):

Antreprenorul va lua toate măsurile pentru a curăţa şi asana de orice muniţii rămase neexplodate gropile de împrumut şi orice alte locuri unde îşi desfăşoară Antreprenorul activităţile, înainte de a executa lucrări sau alte activităţi similare în acele locuri. Pentru îndeplinirea acestei sarcini, Antreprenorul va angaja, dacă este cazul, o firmă autorizată şi specializată în astfel de lucrări. Aceste activităţi se vor desfăşura în conformitate cu prevederile Legii 481/2004 privind Protecţia Civilă cu modificările şi completările ulterioare.

Antreprenorul va include în Lista A., articolul GI.16, o sumă forfetară care să acopere costurile activităţilor de curăţare şi asanare a Şantierului. (...)

De asemenea, tot în cadrul fișei de date a achiziției, achizitoarea a menționat de fiecare dată obligațiile ce le reveneau ofertanților și subcontractanților, respectiv:

- III.2.1.a) Situatia personala a candidatului sau ofertantului

Pentru demonstrarea indeplinirii criteriilor/ cerintelor de calificare se vor prezenta:

I. Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator trebuie sa demonstreze ca nu se incadreaza in prevederile art. 164 din Legea nr. 98/ 2016. In acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator va completa DUAE - Partea III "Motive de excludere" -Sectiunea A "Motive referitoare la condamnarile penale".

(…)

II. Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator trebuie sa demonstreze ca nu se incadreaza in prevederile art. 165 din Legea nr. 98/ 2016.

In acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator va completa DUAE - Partea III "Motive de excludere" -

Sectiunea B "Motive legate de plata impozitelor sau a contributiilor la asigurarile sociale".

(...)

III. Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator trebuie sa demonstreze ca nu se incadreaza in prevederile art. 167 din Legea nr. 98/ 2016.

In acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator va completa DUAE - Partea III "Motive de excludere" -

Sectiunea C "Motive legate de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale".

În mod similar, achizitoarea a prevăzut la fiecare capitol din cadrul fișei de date a achiziției obligațiile ce le reveneau ofertanților și subcontractanților.

Prezintă relevanță mențiunile prevăzute în fișa de date - Cerinţa 3 referitoare la capacitatea tehnică şi/sau profesională, respectiv că ofertantul are obligaţia de a preciza partea/părţile din contract pe care intenţionează să le subcontracteze, după cum impune şi Legea nr. 98/2016 la art. 193 alin. (3):

” In cazul in care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligatia de a completa DUAE, partea II "Informatii referitoare la operatorul economic", sectiunea D "Informatii privind subcontractantii pe ale caror capacitati operatorul economic nu se bazeaza", si partea IV "Criteriile de selectie" - Sectiunea C "Capacitatea tehnica si profesionala", cu indicarea explicita a procentului de subcontractare aferent fiecarui subcontractant declarat.

De asemenea, fiecare subcontractant va completa un formular DUAE separat care sa cuprinda informatiile solicitate in:

- partea II "Informatii referitoare la operatorul economic" - sectiunea A " Informatii privind operatorul economic" si B"Informatii privind reprezentantii operatorului economic",
- partea III "Motive de excludere".

Nota 1: In cazul in care este identificata o situatie de excludere, cu aplicarea in mod corespunzator a dispozitiilor art. 170, alin (2) din Legea 98/2016, autoritatea contractanta solicita ofertantului o singura data sa inlocuiasca un subcontractant in legatura cu care a ....., in urma verificarii, ca se afla in aceasta situatie.

Ofertantii vor incarca in mod obligatoriu in SEAP, impreuna cu DUAE si cu oferta, acordul/ acordurile de subcontractare incheiate intre contractant si subcontractantul/subcontractantii nominalizat / nominalizati in oferta, astfel incat activitatile ce revin acestuia / acestora, precum si

sumele aferente prestatiilor, sa poata fi cuprinse in contractul de subcontractare ce va fiprezentat la inchierea contractului de achizitie publica.

Acordul/ acordurile de subcontractare va/vor fi semnat/e cu semnatura electronica extinsa, bazata pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat in conditiile legii.

Acestea trebuie sa contina cel putin urmatoarele elemente: numele, datele de contact, reprezentantii legali ai subcontractantului; activitatile ce urmeaza a fi subcontractate; valoarea la care se ridica partea/partile subcontractate".

Totodată, Fişa de Date, la Secţiunea IV.4.3) - „Modul de prezentare a ofertei" prevede că:

"5. INFORMATII PRIVIND SUBCONTRACTANTII

In cazul in care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligatia de a completa DUAE, partea II "Informatii referitoare la operatorul economic", sectiunea D "Informatii privind subcontractantii pe ale caror capacitati operatorul economic nu se bazeaza" si partea IV "Criteriile de selectie" - Sectiunea C "Capacitatea tehnica si profesionala", cu indicarea explicita a procentului de subcontractare aferent fiecarui subcontractant declarat.

De asemenea, fiecare subcontractant va completa un formular DUAE separat care sa cuprinda informatiile solicitate in:

- partea II "Informatii referitoare la operatorul economic" - sectiunea A " Informatii privind operatorul economic" si B "Informatii privind reprezentantii operatorului economic",

- partea III "Motive de excludere"

Nota 1: In cazul in care este identificata o situatie de excludere, cu aplicarea in mod corespunzator a dispozitiilor art. 170, alin (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractanta solicita ofertantului o singura data sa inlocuiasca un subcontractant in legatura cu care a ....., in urma verificarii, ca se afla in aceasta situatie.

Ofertantii vor incarca in mod obligatoriu in SEAP, impreuna cu DUAE si cu oferta, acordul/ acordurile de subcontractare incheiate intre contractant si subcontractantul/subcontractantii nominalizat / nominalizati in oferta, astfel incat activitatile ce revin acestuia / acestora, precum si sumele aferente prestatiilor, sa poata fi cuprinse in contractul de subcontractare ce va fi prezentat la inchierea contractului de achizitie publica.

Acordul/ acordurile de subcontractare va/vor fi semnat/e cu semnatura electronica extinsa, bazata pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat in conditiile legii.

Acestea trebuie sa contina cel putin urmatoarele elemente: numele, datele de contact, reprezentantii legali ai subcontractantului; activitatile ce urmeaza a fi subcontractate; valoarea la care se ridica partea/partile subcontractate.

Sancţiunea nerespectării acestor obligaţii este prevăzută tot în Fişa de Date, în cadrul Secţiunii IV.4.3) - „Modul de prezentare a ofertei":

"Nedepunerea în SEAP odata cu oferta şi cu DUAE a acordului/acordurilor de subcontractare atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă."

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerințele în referire la modul de elaborare a ofertei, Consiliul constată că aceasta dorește la **momentul ofertării** ca operatorii economici să stabilească preturi separate pentru fiecare articol din Listele de Cantitati, iar în cadrul acestor liste de cantități se regăsesc și activitățile de asistență tehnică arheologică și deminare.

Totodată se reține și că autoritatea contractantă a solicitat ca în cadrul contractului vor fi realizate toate activitatile indicate in Lista de cantitati pentru Articole Generale, in conformitate cu specificatiile tehnice si descrierile de preturi pentru aceste articole.

Documentaţia de atribuire, alcătuită din fişa de date, caietul de sarcini cu anexe, formularele necesare şi modelul contractului de lucrări, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei şi-au consolidat forţa obligatorie atât pentru autoritatea

contractantă, cât și pentru operatorii economici participanţi la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenţii sau critici vizavi de prevederile documentaţiei de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentaţia acceptată implicit de toate societăţile ofertante le impunea să îi urmeze cu stricteţe prescripţiile, sens în care dispune şi art. 123 din Hotărărea 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, ofertanţii au obligaţia de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentaţia de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanţii şi-au însuşit documentaţia de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripţiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. .....din 6 martie 2012 a Curţii de Apel....., Secţia de contencios administrativ şi fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părţilor, şi documentaţia de atribuire, întovărăşită de clarificările postate în SEAP, are aceeaşi valoare pentru părţi, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției:

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

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

Similar, Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. ……..din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. ……din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în

fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”

Așadar, din economia tuturor celor mai sus menționate, Consiliul constată că operatorii economici trebuiau să elaboreze propunerea financiară, cu consemnarea valorilor alocate pentru cele două categorii de lucrări.

Din examinarea propunerii financiare depuse de asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L., Consiliul reține că în cadrul tabelului aferent cheltuielilor pentru ”ARTICOLE GENEALE” fila 13 sunt consemnate printre alte categorii de cheltuieli și următoarele:

Nr. crt. No	Cod articol Item code	Descrierea lucrării Works Description	UM	Cantitate Quantity	Preț Unitar Unit Rate RON	Total (RON)
5	GI. 15	Asigurarea investigaţiilor arheologice si a asistentei tehnice arheologice pana la finalizarea Lucrărilor, potrivit Clauzei 11.1.15. C din Specificaţii Tehnice Dentru Articole Generale	S.F	1	115.000	115.000
6	1 GI. 16	Alocare pentru identificarea si asanarea Şantierului de orice muniţii (neexplodate sau altele) potrivit Clauzei 111.16 din Specificaţii Tehnice pentru Articole Generale	S.F	1	88.200	88.200

Din cele mai sus reținute, Consiliul determină că asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L. a ținut cont de activitățile de asistență tehnică arheologică și deminare, alocând valori pentru contravaloarea acestor lucrări.

Având obligația de a oferta valorile aferente categoriilor de lucrări amintite, așa cum s-a reținut, Consiliul determină că este logic ca ofertantul, în vederea ofertării sumelor/valorilor în discuție a avut la bază elemente sustenabile, viabile și licite. Consiliul reţine că, potrivit art. 3 lit. jj) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic este definit ca fiind *„orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup*

*ori asociere de astfel de persoane, care oferă **<u>în mod licit</u>** pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entităţi*".

Raționamentul conturat de achizitoare și autoarea intervenției, potrivit cărora "ofertantul Asocierea .....SA - ..... SRL, in cadrul ofertei depuse, prezintă Lista de cantitati pentru Articole Generale, in conformitate cu specificaţiile tehnice si descrierile de preturi pentru aceste articole, iar pe parcursul derulării contractului de executie, in funcţie de necesităţile aparute, conform art 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, va putea implica noi subcontractanţi" nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele prezentate în continuare.

Sunt incidente în soluționare următoarele dispoziții legale:

Noţiunea de subcontractant este definită în Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice la art. 3 alin. (1) lit. yy astfel:

"yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publica şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop";

Prin urmare, pentru orice activitate care face parte din obiectul contractului de achiziţie publică îndeplinită de către un terţ, acesta va avea statutul juridic al unui subcontractant.

Articolele sus-menţionate II.1.15. *Desene și proiectare, asistența proiectantului, asistența tehnică arheologică și remedierea degradărilor la lucrări existente* și *II.1.16 Identificarea și eliberarea zonelor de muniții neexplodate"* prevăd în mod expres că aceste activităţi se realizează de către terţe persoane, autorizate / specializate în efectuarea respectivelor operaţiuni.

În această din urmă privinţă, este relevant de subliniat că legislaţia specifică la care fac trimitere articolele privind asistenţa tehnică arheologică şi, respectiv, deminarea prevede că astfel de operaţiuni pot fi derulate numai de către un personal de specialitate, atestat şi/sau autorizat, fiind incidente următoarele dispoziții:

Art. 3 alin. (3) din O.G. nr. 43/2000 privind protecţia patrimoniului arheologic şi declararea unor situri arheologice ca zone de interes naţional prevede că:

"<u>Cercetarea arheologică se realizează, în condiţiile prezentei ordonanţe, de către personalul de specialitate atestat şi înregistrat în Registrul arheologilor,</u> conform prevederilor Regulamentului săpăturilor arheologice din România, precum şi cu respectarea normelor privind standardele şi procedurile arheologice şi în acord cu principiile Codului deontologic al arheologilor din România";

Art. 46 din Legea nr. 481/2004 privind protecţia civilă prevede că:

”Asanarea terenului şi neutralizarea muniţiei rămase neexplodate din timpul conflictelor armate se execută de către subunităţi specializate şi specialişti pirotehnicieni din serviciile de urgenţă profesioniste din subordinea Inspectoratului General pentru Situaţii de Urgenţă, potrivit instrucţiunilor şi normelor tehnice elaborate de Inspectoratul General pentru Situaţii de Urgenţă şi aprobate prin ordin al ministrului internelor şi reformei administrative”

Pe cale de consecinţă, particularitatea celor două activităţi din Specificaţiile tehnice - *asistenţa tehnică arheologică şi deminarea* - de a nu putea fi îndeplinite decât de personal autorizat şi de specialitate face ca ofertanţii să cunoască încă de la elaborarea ofertei, în funcţie de propriile resurse, dacă acestea vor fi executate de terți subcontractanți, fiind incluse în obiectul contractului sau de ofertanți înșuși în regie proprie.

Este adevărat că legislația în vigoare are prevăzute atât în Legea nr. 98/2016, cât și în H.G. nr. 395/2016 paragrafe dedicate subcontractanților în secțiunile referitoare la executarea contractului de execuție publică, însă aceste prevederi legale nu pot fi interpretate în sensul celor susținute de achizitoarea și de asocierea intervenientă.

În speța de față autoarea contestației nu contestă posibilitatea înlocuirii/implicării de noi subcontractanţi pe parcursul executării contractului, în condiţiile prevăzute de lege.

Contrar celor susținute de asocierea intervenientă, dispozițiile menționate art. 218, art. 219 și art. 151 și art. 160 din H.G. nr. 395/2016 sunt incidente pe parcursul implementării contractului, regimul juridic al înlocuirii/suplimentării subcontractanţilor pe parcursul executării contractului nu înlocuiesc/suplinesc obligaţiile existente la momentul depunerii ofertelor, fie în temeiul legii, fie în conform cerinţelor speciale existente în fişa de date a achiziţiei.

În speța de față, din economia cerinţelor fișei de date rezultă obligația operatorilor economici de a depune odată cu DUAE şi acordurile de subcontractare cu privire la activităţile de asistenţă tehnică arheologică şi deminare, în situaţia în care ofertantul nu deţine personalul propriu autorizat şi de specialitate prevăzut la art. 3 alin. (3) din O.G. nr. 43/2000 şi la art. 46 din Legea nr. 481/2004.

Obligaţia de a depune informaţiile cu privire la subcontractanţi are ca temei legal - art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 - pentru ipoteza în care ofertantul îşi prefigurează subcontractarea, iar particularitatea celor două activităţi din Specificaţiile tehnice - *asistenţa tehnică arheologică şi deminarea* - de a nu putea fi îndeplinite decât de personal autorizat şi de specialitate face, așa cum afost mai sus reținut ca ofertanţii să cunoască încă de la elaborarea ofertei, în funcţie de propriile resurse, dacă vor recurge la terţi subcontractanţi sau vor realiza aceste activităţi în regie proprie.

Interpretarea asocierii interveniente, potrivit căreia obligaţia de a depune DUAE cu privire la un subcontractant ar exista doar dacă se declară respectivul subcontractant la faza de ofertare nu poate fi primită

prin raportarea la dispozițiile art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 care prevede că ofertantul are obligaţa să includă informaţiile cu privire la subcontractanţi în cazul în care intenţionează să subcontracteze. Mergând pe raționamentul intervenientei care pretinde că această obligaţie există doar dacă respectivul ofertant declară, efectiv, un subcontractant, în această interpretare, este la latitudinea ofertantului dacă declară inițial, la faza de ofertare, prin depunerea ofertei, subcontractantul sau ulterior în perioada implementării contractului, pe durata executării acestuia.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante în soluționare susținerile autoarei contestației, potrivit cărora: ”(…) *intervenienta accesorie pretinde că această obligaţie există doar dacă respectivul ofertant declară, efectiv, un subcontractant. în această interpretare, ofertantul are o obligaţie doar dacă vrea (să indice subcontractantul) - ceea ce reprezintă chiar schema obligaţiei pur potestative, ce nu poate avea efecte. Or, legea trebuie interpretată în sensul în care să producă efecte, iar nu în sens contrar (actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat), astfel încât argumentul intervenientei trebuie respins”.*

Propunerea ulterioară a unui nou (sub-)subcontractant nu intră în categoria viciilor de formă sau a abaterilor tehnice minore ce pot fi corectate, deoarece obligația de nominalizare izvorăște din lege, care instituie și pentru (sub-) subcontractant anumite obligații, corelate cele ale autorității contractante.

Art. 55. - (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului sau candidatului să precizeze în ofertă ori solicitarea de participare partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși.

(2) Subcontractanții propuși trebuie să respecte aceleași obligații ca și ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire.

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

După cum s-a evocat mai sus, întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă asocierii care a prezentat-o, iar obligația autorității contractante este de a controla respectarea întocmai de către participanți a prescripțiilor documentației și a legislației aplicabile.

Contrar opiniei asocierii interveniente particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Nu se poate veni ulterior datei ofertării cu un (sub-) subcontractant întrucât se aduce o gravă atingere principiului tratamentului egal între ofertanți - fiecare dintre cei care nu ar avea capacitatea de a executa contractul ar fi bucuroși să depună ulterior declarație de (sub)subcontractare către alte societăți pentru a executa contractul.

În practica instanțelor s-a hotărât de numeroase ori că ofertanții sunt obligați să își declare în ofertă subcontractanții, sub sancțiunea neacceptării declarării ulterioare a lor, elocvente fiind, de pildă:

a) Curtea de Apel……..., Secția de contencios administrativ și fiscal:

- decizia nr. ……..din 14 ianuarie 2013:

Pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă intimată i-a solicitat petentei să precizeze cu cine execută lucrările de foraj la pârâul Saiu și râul Olt. Petenta a răspuns că forajul dirijat pentru subtraversările pârâului Saiu și râului Olt se execută cu SC S. SRL, pe bază de contract de prestări servicii. Ca urmare a acestui răspuns, autoritatea contractantă i-a declarat oferta neconformă.

Petenta susține că a actualizat oferta inițială, prin prezentarea SC S. SRL drept executant al lucrărilor de foraj la pârâul Saiu și râul Olt, însă această actualizare nu constituie o modificare a conținutului propunerii tehnice.

Curtea reține că, în conformitate cu art. 79 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată neconformă. Modificări ale propunerii tehnice se acceptă în măsura în care acestea pot fi încadrate în categoria viciilor de formă sau a erorilor aritmetice sau reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

Cum, în speță, nu suntem în prezența niciuneia dintre cele două situații prezentate mai sus, contestația petentei a fost în mod corect respinsă de Consiliu, în condițiile în care prezentarea SC S. SRL drept executant al lucrărilor de foraj la pârâul Saiu și râul Olt reprezintă o modificare a propunerii tehnice. În formularul 12G din ofertă nu a fost declarat niciun subcontractant, situație în care nu se poate accepta ulterior ca executarea unei părți din contract să se facă de către un terț, care nu are nicio calitate în raport cu autoritatea contractantă intimată.

Prin urmare, soluția Consiliului de confirmare a dispoziției autorității contractante este una temeinică și legală, iar susținerea petentei în sensul că au mai fost executate contracte similare în aceleași condiții de prestări servicii cu SC S. SRL nu are relevanță.

- decizia nr. ……din 23 iunie 2014:

În consecință, în raport de aceste dispoziții legale, corect a apreciat autoritatea contractantă că, în condițiile în care SC E.A.S. SRL a declarat că nu are subcontractanți, nu se prezintă la licitație în asociere, nu are susținere tehnică și profesională din partea unui terț, nu putea dovedi că dispune de un specialist responsabil tehnic cu execuția în domeniul instalațiilor electrice decât dacă acesta era angajatul acestei societăți. Or, față de aceste împrejurări de fapt și de drept, contractul de colaborare de care se prevalează intimata nu poate fi luat în considerare pentru îndeplinirea acestei cerințe de calificare, așa cum în mod greșit a apreciat Consiliul.

b) Curtea de Apel ……., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. ……..din 26 mai 2015:

Atunci când pentru o parte din lucrarea pentru care se depune oferta participantul știe de la bun început că nu o poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, **acesta este obligat să arate partea din lucrare ce urmează să fie executată de subcontractant**.

c) Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. …….din 1 februarie 2010:

Dispozițiile din fișa de date a achiziției trebuie interpretate într-un sens rațional, respectiv în sensul că doar societățile care intenționează să subcontracteze au obligația de a depune o listă cu subcontractanți, iar **în măsura în care nu se depune o astfel de listă, societatea câștigătoare nu are posibilitatea să subcontracteze**.

d) Curtea de Apel……., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. …….din 16 mai 2013:

Nu poate fi luată în considerare îndeplinirea cerințelor de calificare prin intermediul unor prepuși sau colaboratori ai ofertantei, care nu au fost declarați asociați, susținători sau subcontractanți.

e) Curtea de Apel……, Secția contencios administrativ și fiscal:

- decizia nr. ……..din 18 decembrie 2014:

Curtea reține că oferta trebuie să se prezinte împreună de asociați și subcontractanți sau terți susținători, astfel încât să se poată asigura atât îndeplinirea tuturor cerințelor documentației de atribuire, cât și obiectul contractului care se va atribui, deoarece, ulterior depunerii ofertei, prezentarea unui alt asociat/subcontractant/terț susținător nu poate fi acceptată nici chiar sub pretextul că acesta ar putea face dovada îndeplinirii uneia dintre cerințele impuse de achizitoare.

Legat de acest aspect, societatea A.T. SRL nu a fost declarată în procedura de atribuire și nu este menționată nici în procesul-verbal de deschidere a ofertelor și nici în formularul 14, iar autoritatea contractantă nu avea cum să presupună faptul că, în realitate, lucrările pentru a care a fost declarat executant doar SC S. SRL nu vor fi realizate în totalitate de aceasta, ci vor fi realizate împreună un alt partener comercial.

Nici prin clarificările aduse cu privire la acest aspect nu a fost adus la cunoștința autorității faptul că lucrările de termoprotecție ar fi executate de alt operator economic decât cel care a fost declarat ca subcontractant (SC S. SRL).

Răspunsul la solicitarea clară a autorității contractante prin care i se punea în vedere contestatoarei că nu a depus autorizația pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței fișei de date aferente, nefiind depus niciun document care să ateste deținerea unei astfel de autorizații și nici nu au fost făcute precizări legate de modul în care SC S. SRL, în calitate de subcontractant, ar putea efectua astfel de lucrări fără a deține autorizarea necesară.

Depunerea autorizației privind executarea lucrărilor de termoprotecție privind operatorul economic SC A.T. SRL la Consiliu, atașată concluziilor scrise, precum și a contractului încheiat între subcontractatul SC S. SRL și societatea mai sus amintită, nu au relevanță în cauză, societatea A.T. SRL nu are nicio calitate în această procedură, nefiind declarată ca subcontractant ori asociat, motiv pentru care nu ar putea executa niciun fel de lucrare în cadrul acestui contract.

- decizia nr. ……..din 15 martie .....:

Dreptul de a subcontracta poate fi exercitat de către ofertant, însă această opțiune trebuie să se regăsească în conținutul ofertei, unde trebuie indicați subcontractanții.

Astfel, Consiliul determină că sunt întemeiate criticile formulate de autoarea contestației în referire la faptul că în mod incorect achizitoarea a declarat admisibilă oferta depusă de asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L., în condiiile în care nu a verificat cum va realiza aceasta cele două activităţi din Specificaţiile tehnice - asistenţa tehnică arheologică şi deminarea (așa cum a fost mai sus reținut acestea pot fi îndeplinite doar de personal autorizat şi de specialitate). Se are în vedere că potrivit celor consemnate în cadrul formularului publicat pe SEAP ”Date de identificare ale ofertantilor/ofertantilor asociati/subcontractantilor/tertilor sustinatori (din DUAE) pentru procedura de atribuire "Reabilitare DN6 Alexandria - Craiova, Lot 2: km 132+435 - km 185+230 - relicitare", in conformitate cu prevederile art. 63, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L. nu a declarat subcontractanți, doar terț susținător – ……..

Solicitarea de clarificări din partea autorităţii contractante se impune tocmai pentru a vedea dacă, şi în ce măsură, oferta contestatorului este sustenabilă, viabilă şi **licită**, astfel încât să poată stabili cu claritate posibilitatea acesteia de a executa respectivele lucrări.

Faţă de acest aspect, Consiliul constată că pentru autoritatea contractantă era de interes ca ofertantul să facă dovada că este abilitat să presteze activităţile amintite indiferent de caracterul relaţiilor contractuale (subcontractare şi/sau asociere).

Astfel, revine comisiei de evaluare responsabilitatea pentru admiterea şi declararea câştigătoare a unei oferte, context în care tot ea

este ţinută să verifice admisibilitatea şi conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/ câştigătoare o ofertă care nu îndeplineşte condiţiile impuse situaţie care atrage răspunderea juridică a autorităţii. Așadar deficienţele unei oferte nu pot fi indiferente autorităţii contractante, la fel și consecinţele semnării contractului cu o societate a cărei ofertă este necorespunzătoare.

Concluzionând, în raport de cele mai sus reținute se impune clarificarea și stabilirea cu certitudine a modului de executarea a celor două activităţi din Specificaţiile tehnice - asistenţa tehnică arheologică şi deminarea de către asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L.

În concluzie, se constată că evaluarea realizată de autoritate a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune clarificarea cu ofertantul amintit a aspectelor în referinţă, pentru a permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei, în vederea stabilirii cu certitudine a modului de realizare de către aceasta a celor două activităţi din Specificaţiile tehnice - *asistenţa tehnică arheologică şi deminarea.*

Jurisprudenţa Consiliului este constantă în sensul că orice decizie a autorităţii contractante privind admiterea/respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele acesteia, şi pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/ neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a acesteia, autoritatea contractantă trebuia să acorde ofertanţilor efectiv dreptul de a îşi demonstra cu claritate calificarea, respectiv conformitatea ofertei.

În considerarea celor prezentate, Cosiliul constată temeinicia criticilor contestatoarei în privinţa modului de evaluare a ofertei depuse de asocierea declarată câștigătoare, motiv pentru care se impune clarificarea cu ofertantul amintit a aspectelor în referinţă.

În ceea ce privește capetele de cerere din contestația formulată de ..... în referire la constatarea de către Consiliu a următoarelor:

”Să (...) obligaţi autoritatea contractantă să respingă oferta sus-menţionată ca fiind inacceptabilă.

Să constataţi că oferta subscrisei a obţinut cel mai mare punctaj prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preţ" şi, pe cale de consecinţă, să obligaţi autoritatea contractantă să declare oferta subscrisei ca fiind câştigătoare”

Consiliul le va respinge ca inadmisibile, întrucât revine comisiei de evaluare sarcina de a face aplicarea prevederilor legale privind conformitatea/neconformitatea, caracterul acceptabil /inacceptabil al ofertelor, ținand seama de situatia de fapt reținută mai sus.

În contextul descris mai sus, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de ....., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... S.A. Anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii de atribuire și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea asocierii ..... S.A. - ..... S.R.L.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire prin clarificarea și reevaluarea ofertei depuse de asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L. pentru considerentele din motivare, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice.

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.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respinge ca inadmisibile capetele de cerere din contestația formulată, cu privire la constatarea inacceptabilității ofertei depuse de asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L. și declararea ofertei depuse de ..... câștigătoare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei.

Având în vedere soluția pronunțată de Consiliu pe fondul cauzei, pe cale de consecință va respinge cererea de intervenție formulată de asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L.

Solicitarea ..... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu contestația, va fi respinsă ca nedovedită, întrucât autoarea contestației nu a depus la dosarul cauzei acte doveditoare care să justifice plata acestor cheltuieli, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte contestaţia formulată de către ....., cu sediul social în …….. nr. …….. ……..(LU), ... şi cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ....., situată în ....., str……., nr……, sector……., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... S.A., cu sediul în ....., b-dul……, nr……, sector…….

Anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii de atribuire și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea asocierii ..... S.A. - ..... S.R.L. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire prin clarificarea și reevaluarea ofertei depuse de asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L. pentru considerentele din motivare, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice.

Respinge ca inadmisibile capetele de cerere din contestația formulată, cu privire la constatarea inacceptabilității ofertei depuse de asocierea asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L. și declararea ofertei depuse de ..... câștigătoare.

Respinge cererea de intervenţie formulată de către asocierea ..... S.A. - ..... S.R.L., cu sediul în ....., ..., ..., ..., ...

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 Consiliul respinge capătul de cerere formulat de ..... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, efectuate în vederea depunerii contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,
.....

PREŞEDINTE,
Sanda

PREŞEDINTE,
Sanda IOANIȚESCU

Redactat în 5 exemplare originale, conţine 30 (treizeci) pagini.