

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 14806/11.03.2024, depusă de ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de administrator, împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă organizată de ... (CONSILIUL ...), cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de furnizare *Aparatură medicală aferentă proiectului "Extindere, modernizare și dotare UPU-SMURD la ..." - lot 7 - Radiologie 2*, cod CPV 33100000-1 Echipamente medicale (Rev.2), contestatoarea a solicitat:

1. admiterea ca temeinică și legală a contestației;
2. constatarea faptului că oferta sa a fost elaborată cu respectarea prevederilor legale, dar și cu cerințele autorității contractante stabilite prin documentația de atribuire;
3. anulare adresei - comunicare rezultat procedurii nr. 3937/26.02.2024 pentru Lot 7 - Radiologie 2, a raportului, precum și a tuturor actele subsecvente emise de către ...Consiliul Județean - Serviciul Achiziții Publice Parteneriat Public Privat și urmărirea contractelor, pe care le consideră netemeinice și nelegale în ceea ce privește oferta sa;
4. anularea raportului procedurii de anulare nr. 3919/26.02.2024 *Aparatură medicală aferentă proiectului Extindere, modernizare și dotare UPU-SMURD la ...* - lot 7 - Radiologie 2;
5. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, în conformitate cu dispozițiile legale în vigoare, dar și cu cerințele din documentația de atribuire;
6. obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu declararea ofertei sale ca fiind acceptabilă prin prisma motivelor dezvoltate în contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, prin comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 3937/26.02.2024, autoritatea contractantă o informează că oferta sa a fost exclusă din procedura de atribuire, motivând în drept dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, întrucât subcontractanții ... SRL au menționat în declarațiilor lor că vor subcontracta și "*livrarea*" unor echipamente sau produse (ex: geam plumbat), iar din perspectiva autorității contractante activitatea de furnizare nu ar putea fi subcontractată având în vedere dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă a anulat licitația prin raportul procedurii de anulare nr. 3919/26.02.2024, în baza dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, unicul motiv pentru respingerea ofertei sale a fost acela că autoritatea contractantă a considerat că "*activitatea de furnizare nu poate fi subcontractată potrivit prevederilor art. 3 alin. 1 lit. yy) din legea 98/201, putând fi subcontractate doar prestarea de servicii și execuția de lucrări*".

Motivul pentru care oferta sa a fost declarată ca inacceptabilă reprezintă un motiv care ține de o interpretare greșită a textului de lege invocat de autoritatea contractantă.

Într-o primă etapă, este necesar a face câteva lămuriri referitoare la ceea ce rezultă din definițiile date de legiuitor noțiunilor de subcontractor/furnizor în raport de dispozițiile generale în materie de achiziție publică.

1. Furnizor:

o Furnizorul este o entitate care livrează produse sau servicii către contractantul principal sau chiar către un subcontractant.

o Furnizorul nu este implicat direct în execuția etapelor din contractul de achiziție publică.

o Nu are calitatea de subcontractant.

o Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare conform legislației.

2. Subcontractant:

o Subcontractantul este o entitate care participă activ la executarea contractului de achiziție publică.

o În cazul subcontractării, există o serie de obligații specifice pentru ofertanți, subcontractanți și autoritatea contractantă:

- Ofertantul trebuie să includă în ofertă informații despre partea din contract care va fi îndeplinită de subcontractanți și valoarea acesteia.

- Subcontractantul trebuie să completeze un formular DUAЕ separat.

- Autoritatea contractantă poate verifica inexistența unei situații de excludere în legătură cu subcontractanții propuși de ofertant.

- Se încheie un acord de subcontractare între ofertant și subcontractant, care se anexează la formularul DUAЕ depus de ofertant.

- Autoritatea contractantă poate solicita informații relevante despre capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși.

- Autoritatea contractantă este obligată să asigure publicitatea datelor de identificare ale subcontractantului propus în aceleași condiții în care este obligată să asigure publicitatea datelor ofertantului.

- Subcontractantul trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea din contract pe care urmează să o îndeplinească efectiv.

- Autoritatea contractantă poate să respingă subcontractantul propus și să solicite ofertantului înlocuirea acestuia cu un alt subcontractant care să îndeplinească cerințele.

Legislația achizițiilor publice reglementează o serie de obligații specifice pentru subcontractori, care nu se aplică furnizorilor. Aceste obligații includ:

- Obligația ofertantului de a furniza informații detaliate despre subcontractori și valoarea părții din contract care urmează să fie îndeplinită de aceștia.

- Obligațiile privind evitarea conflictului de interese pentru subcontractori.

- Verificarea de către autoritatea contractantă a inexistenței unei situații de excludere pentru subcontractori.

- Încheierea unui acord de subcontractare între ofertant și subcontractant. Completarea unui formular separat de către subcontractant.

- Prezentarea contractelor încheiate între contractant și subcontractant/subcontractori.

Aceste obligații sunt esențiale pentru asigurarea transparenței și corectitudinii în achizițiile publice. Prin urmare, distincția clară între furnizor și subcontractant este crucială pentru aplicarea uniformă și corectă a legii și pentru evitarea ambiguităților.

Considerarea unui furnizor drept subcontractant ar implica impunerea de obligații suplimentare pentru ambele părți. În plus, autoritatea contractantă ar putea respinge ofertantul dacă nu sunt îndeplinite cerințele pentru subcontractare.

Intervenția legiuitorului pentru a face distincția între furnizor și subcontractant în cadrul legislației achizițiilor publice a fost esențială și necesară, având în vedere impactul său semnificativ asupra aplicării legii în practică astfel că art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 a fost modificat prin OG nr. 3/2021.

Definiția anterioară a subcontractantului/subantreprenorului se concentra pe natura activităților desfășurate și responsabilitățile acestuia în cadrul contractului de achiziție publică. Aceasta includea atât execuția, cât și furnizarea anumitor părți sau elemente ale lucrărilor sau construcției, fiind responsabil în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare. Pe de altă parte, definiția actuală a subcontractantului/subantreprenorului este mai restrânsă și se axează mai mult pe execuția anumitor părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor. Se face o distincție clară între subcontractant și furnizor, excluzând punerea la dispoziție a utilajelor sau furnizarea de materiale/bunuri din sfera subcontractării. Comparând cele două definiții putem observa că definiția anterioară era mai cuprinzătoare și acoperea o gamă mai largă de activități și responsabilități ale subcontractantului. Aceasta oferea o viziune mai amplă asupra rolului său în cadrul contractului de achiziție publică, dar putea duce și la unele ambiguități în interpretare. Pe de altă parte, definiția actuală este mai precisă și clară în ceea ce privește rolurile și responsabilitățile subcontractantului. Excluderea punerii la dispoziție a utilajelor sau furnizarea de materiale/bunuri din sfera subcontractării oferă o claritate suplimentară în interpretarea legii și elimină posibilele ambiguități. Din punct de vedere juridic, definiția anterioară era mai flexibilă și putea fi interpretată într-un mod mai larg, oferind părților mai multă libertate în stabilirea relațiilor contractuale și a responsabilităților. Totuși, această flexibilitate putea duce și la neclarități și dispute în ceea ce privește rolurile și responsabilitățile subcontractantului. În schimb, definiția actuală este mai restrictivă și oferă o orientare mai precisă în ceea ce privește calitatea de subcontractant. Aceasta poate facilita o aplicare mai uniformă a legii și poate reduce riscul de ambiguitate și conflict în cadrul contractelor de achiziție publică.

Din analiza definiției date de legiuitor se reține că poate fi furnizor orice entitate care furnizează produse/servicii *și care nu este subcontractant*, aceasta însă nu exclude ca furnizarea de produse și servicii să fie subcontractate.

Dintr-o analiză atentă a definiției furnizorului enunțată de legiuitor, se poate deduce că orice entitate care furnizează produse sau servicii și care nu este considerată subcontractant poate fi clasificată ca furnizor. Totuși, este important de subliniat că această definiție nu exclude posibilitatea ca furnizarea de produse și servicii să fie subcontractată către alte entități. Cu alte cuvinte, chiar dacă o entitate este identificată ca furnizor conform definiției, aceasta nu înseamnă că nu poate fi implicată într-o relație de subcontractare pentru a furniza anumite produse sau servicii în cadrul unui contract de achiziție publică. Astfel, deși definiția furnizorului este distinctă de cea a subcontractantului, acestea nu exclud posibilitatea ca aceste două roluri să se intersecteze în

practică, oferind flexibilitate și adaptabilitate în ceea ce privește structura și dinamica relațiilor contractuale în cadrul achizițiilor publice.

Contestatoarea apreciază că furnizorul poate fi oricând subcontractant, în condițiile în care acesta îndeplinește obligațiile specificate pentru subcontractant care sunt mult mai restrictive.

Invocă decizia Consiliului nr. 2542/C3/2796/5.12.2022.

Totodată, invocă Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice de la articolul 58 alin. 4.

În susținerea afirmațiilor sale, societatea contestatoare invocă, de asemenea, art. 172 alin. (4), art. 53 și art. 218 din Legea nr. 98/2016.

Afirmă că autoritatea contractantă nu a impus prin documentația de atribuire obligativitatea ca doar contractantul să furnizeze, susținerea autorității contractante potrivit căreia oferta sa ar fi inacceptabilă pe motivul că subcontractanții nu pot furniza fiind vădit abuzivă și de natură a încălca propriile exigențe/reguli stabilite prin documentația de atribuire.

Este paradoxal să se includă explicit această opțiune în documentația de atribuire și apoi să se respingă oferta sa pe motivul că subcontractanții nu pot acționa ca furnizori. Această situație ridică semne de întrebare cu privire la consecvența și transparența procesului de achiziție, și ar putea afecta încrederea în modul în care sunt gestionate astfel de contracte.

Invocă Directiva 2014/24, precum și art. 134 din HG nr. 395/2016 privind obligația acesteia de a solicita clarificări.

Solicitarea de clarificări și o evaluare riguroasă a ofertei ar fi înlăturat măsura severă a anulării procedurii de atribuire, situație de natură a genera pentru autoritatea contractantă costuri suplimentare și, în același timp, lezarea interesului public prin privarea cetățenilor de lucrările obiect al contractului. Or, în speță nu au fost solicitate clarificări pe motivele pentru care s-a dispus declararea ofertei sale ca inacceptabilă.

Apreciază că este de competența exclusivă a operatorilor economici să determine dacă consideră oportun ca o entitate furnizoare de materiale sau bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică să aibă calitatea de subcontractant sau furnizor în legătură cu contractul de achiziție respectiv. Această decizie este influențată și de intențiile partenerului comercial, care trebuie să îndeplinească criteriile stabilite de lege pentru a fi desemnat subcontractant în conformitate cu prevederile contractuale.

Conform legislației în domeniul achizițiilor publice, autoritatea contractantă are obligația de a evalua și de a selecta ofertele în conformitate cu criteriile și prevederile stabilite în documentația de atribuire. Însă, absența unei dispoziții legale care să permită autorității contractante să respingă o ofertă din acest motiv înseamnă că aceasta nu poate să considere oferta ca fiind inacceptabilă pe această bază.

Prin urmare, opțiunea de a numi un furnizor de produse ca subcontractant în cadrul unei proceduri de achiziție publică este un drept al contractantului și nu poate fi restricționat sau contestat de către autoritatea contractantă în absența unei baze legale clare care să justifice o astfel de acțiune.

Pe de altă parte, punctează că, în ceea ce privește subcontractorul ... SRL, conform documentelor de calificare depuse, în special Formularul nr. 12J pentru lotul 7, se precizează că acest subcontractor s-a angajat să asigure livrarea, instalarea, punerea în funcțiune, testarea, garanția și service în perioada de garanție pentru următoarele echipamente: Geam plumbuit, Radioprotecție precum și Autorizări. Prin urmare, contestatoarea susține că se bazează pe acest subcontractor pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare. Conform prevederilor legale din domeniul achizițiilor publice, în special conform Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și a Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului, contractantul are dreptul să utilizeze autorizațiile subcontractorului ca documente de calificare în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor publice.

Astfel, conform Legii nr. 98/2016, contractantul poate solicita subcontractorilor documente care să ateste îndeplinirea criteriilor de calificare, iar conform art. 179 alin. (2) litera (g) coroborat cu art. 182 alin. (2), aceste documente pot include autorizațiile necesare pentru exercitarea activității profesionale sau comerciale, sau documente echivalente eliberate de autoritățile competente.

Prin urmare, în conformitate cu aceste prevederi legale, contestatoarea afirmă că a putut să se bazeze pe autorizațiile subcontractorului ca documente de calificare în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică. Este important de menționat că această abordare este în concordanță cu regulile și principiile legale care guvernează achizițiile publice și contribuie la asigurarea unui proces de atribuire transparent și echitabil.

Decizia sa de a încadra ... SRL în calitate de subcontractant s-a bazat și pe competențele acestuia pentru îndeplinirea cerințelor tehnice și de calificare, astfel că, suplimentar față de situația subcontractantului ... SRL, consideră că ... SRL nu putea figura ca furnizor, ci doar ca subcontractant dat fiind documente de calificare ale acestui subcontractant.

Apreciază că prin argumentele prezentate pentru respingerea ofertei sale autoritatea contractantă a încălcat propria documentație, normele juridice și principiile de bază care reglementează achizițiile publice.

Prin urmare, solicită anularea adresei - comunicare rezultat procedurii nr. 3937/26.02.2024 pentru Lot 7 - Radiologie 2, raportul precum și toate actele subsecvente emise de către ...Consiliul Județean -

Serviciul Achiziții Publice Parteneriat Public Privat și urmărirea contractelor.

Referitor la raportul procedurii de anulare nr. 3919/26.02.2024 *"Aparatură medicală aferentă proiectului Extindere, modernizare și dotare UPU-SMURD la ... - lot 7 - Radiologie 2"*, solicită Consiliului să constate că a elaborat oferta cu respectarea prevederilor legale, dar și cu cerințele autorității contractante stabilite prin documentația de atribuire, iar elaborarea raportul procedurii de anulare a fost întocmit ca urmare și a declarării ca inacceptabilă a ofertei sale, iar în situația în care se admite cererea de anulare a ofertei sale se impune și anularea raportului procedurii de anulare. Subliniază că anularea raportul procedurii de anulare este un proces necesar și justificat din perspectivă legală și procedurală.

În urma anulării raportul procedurii, se impune obligația ca autoritatea contractantă să procedeze la o reevaluare a ofertei sale, conform dispozițiilor legale aplicabile și în conformitate cu cerințele stipulate în documentația de atribuire.

Urmare a aceleiași anulări, se impune ca autoritatea contractantă să fie obligată să continue procedura de atribuire și să considere oferta sa drept admisibilă.

În conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, solicită acordarea cheltuielilor de judecată. Această solicitare este justificată de necesitatea acoperirii costurilor legate de demersurile sale juridice, conforme cu principiile de drept și normele legislative aplicabile în domeniul achizițiilor publice.

Prin adresa nr. 5064/14.03.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 16149/18.03.2024, ...-Consiliul ... transmite punctul său de vedere prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Menționează că propunerea tehnică a contestatoarei nu a fost evaluată.

Arată că societatea contestatoare a prezentat inițial, la depunerea ofertei, următoarele documente referitoare la subcontractanți:

- > Acord de subcontractare nr. 149/10.11.2023 încheiat între ... SRL și ... SRL;

- > Acord de subcontractare nr. 150/10.11.2023 încheiat între ... SRL și ...SRL;

- > Formularul 12J în care este precizat partea din contract ce urmează a fi subcontractantă :

- pentru ... SRL "Livrare, instalare, punere în funcțiune, testare, garanție și service în perioada de garanție, pentru următoarele echipamente: Geam plumbuit, Radioprotecție, Autorizări";

- pentru ...SRL "Livrare, instalare, punere în funcțiune, testare, garanție și service în perioada de garanție pentru următorul echipament: Incubator Sidam - Warm Line".

În Fișa tehnică aferentă echipamentului de la lotul 7 sunt evidențiate părțile ce trebuie livrate, iar la subcapitolul 1.14, "Accesorii", se regăsesc următoarele: Injector substanță de contrast cu cap dublu, UPS pentru consola de achiziție și cea de post-procesare, Fereastră cu geam plumbat de minim 100 x 80 cm și minim 3 mm echivalent Pb, asigurarea climatizării camerei de examinare conform recomandărilor producătorului, mobilier pentru consola de operare și computer postprocesare, incubator pentru substanța de contrast, UPS pentru întregul sistem care să asigure funcționarea în cazul întreruperii energiei electrice de la rețea — min 100 kVA, trei seturi de echipamente de radioprotecție formate din șorț, fustă, apărătoare tiroidă.

Din toate documentele prezentate rezultă că ... SRL vor livra părți componente ale echipamentului ce face obiectul achiziției, Echipament de tomografie computerizată CT.

Invocă art. 1 din Ordonanța nr. 3/2021, considerând că explică fără echivoc că furnizarea de bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare. Prin urmare, ... SRL nu pot să fie considerați subcontractanți.

În susținere, invocă Ordinul nr. 1554/2023/17.08.2023 privind aprobarea structurii și conținutului Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, emis de Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

Având în vedere cele expuse mai sus, comisia de evaluare a considerat că activitatea ce urmează a fi prestată de către cei doi operatori economici, ... SRL, este una de furnizare în cadrul unui contract de furnizare de produse, prin urmare, cei doi operatori economici nu pot fi declarați subcontractanți. Declararea acestora ca subcontractanți dovedește că oferta prezentată de contestatoare nu îndeplinește condițiile de formă elaborării și prezentării acesteia, ca urmare, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, a fost declarată inacceptabilă.

Totodată, precizează că la această dată are în derulare o procedură de achiziție publică având ca obiect „Furnizare materiale didactice specifice pentru dotarea unităților de învățământ preuniversitar/unități conexe aferente proiectului Dotarea cu mobilier, materiale didactice și echipamente digitale a unităților de învățământ preuniversitar și a unităților conexe din județul Sălaj” și care a fost supusă verificării ANAP, iar documentația de atribuire aferentă acestei proceduri a fost respinsă într-o primă fază prin transmiterea unui aviz conform condiționat în care printre alte obiecții s-a regăsit și următoarea măsură de remediere: corectati cerința privind acordul de subcontractare "Of va prezenta inf. privind: a) cat de servicii/produse din ctr pe care intenționează să le subcontr, precum și procentul activităților indicate în of ca fiind realizate de către subcontr", deoarece activitatea de furnizare nu poate fi subcontractată. Potrivit art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 "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". Pot fi subcontractate doar prestarea de servicii și execuția de lucrări. Observație regularitate În drept: Art.3,154-156, 193,196 Legea 98/2016, Art.20 HG 395/2016".

Subliniază că societatea contestatoare dorește să subcontracteze o parte din acest echipament către doi operatori economici, operatori ce se angajează prin acordurile de subcontractare să furnizeze părți din întregul format de Echipament de tomografie computerizată.

Subcontractarea unei părți din întregul ce urmează să fie livrat este considerată de către autoritatea contractantă ca fiind contrară intereselor ei, prin urmare, nu este acceptat. Acest aspect este susținut de enunțurile în ceea ce privește denumirea de subcontractant, în contractele de furnizare de produse, prezentate în cele două acte normative, Ordonanța nr. 3/2021 și Ordinul nr. 1554/2023/17.08.2023 privind aprobarea structurii și conținutului Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, emis de Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

Astfel, conform actelor normative invocate, este de netăgăduit faptul că activitatea de furnizare nu poate fi subcontractată, prevederea este aplicabilă doar în cazul serviciilor și lucrărilor conexe activității principale de furnizare ce urmează a fi subcontractate.

Prin expunerea de considerente pentru care contestatoarea apreciază în mod eronat că oferta sa este acceptabilă, se regăsesc definiții ale furnizorului și subcontractantului, definiții ce nu sunt contrare celor date de Ordonanța nr. 3/2021. Practic, contestatoarea se află într-o reală confuzie între noțiunile prezentate și înțelesul dat *furnizorului* și *subcontractantului* de actele normative ce reglementează activitatea de achiziție publică. Astfel, în cadrul unui contract de furnizare de produse, furnizarea unor părți din echipamentul ce face obiectul unui *contract de furnizare, este explicit interzisă, furnizare ce poate fi subcontractată* doar în cazul *serviciilor și lucrărilor conexe* activității principale de furnizare ce urmează a fi subcontractate.

Contestatoarea apreciază just că autoritatea contractantă nu a impus restricții legate de alegerea unui furnizor sau subcontract, impunere ce ar duce la încălcarea prevederilor legale atât de bine enunțate în cele două acte normative în care se regăsesc noțiunile de furnizor și subcontractant. Totuși, legiuitorul apreciază că nu orice operator economic, parte a unui contract, poate fi subcontractant, iar în speța ce face obiectul contestației, cei doi operatori economici nu pot să fie subcontractanți.

Absența unor enunțuri explicite în documentația de atribuire legate de calitatea de furnizor și subcontractant nu face ca principiul ce a stat la baza calității de subcontractant să fie încălcat. Datorita faptului că, în anunțul de atribuire, numărul de caractere a unui anunț în SEAP este limitat, face ca autoritățile contractante să nu citeze explicit toate textele de lege ce stau la baza achizițiilor publice, acest lucru fiind practic imposibil. Necunoașterea prevederilor legale privind achizițiile publice nu face ca ofertanții să interpreteze în mod eronat cerințele din anunțurile de participare.

Autoritatea contractantă afirmă că nu a îngădit în niciun aspect al procedurii de achiziție publică dreptul unui contractant de a numi un subcontractant.

În ceea ce privește acuzația potrivit căreia autoritatea contractantă ar încălca prevederile legale în vigoare prin neaplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, achizitoarea transmite că, în declararea ofertei ca fiind inacceptabilă, s-a referit la dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Pe parcursul contestației, contestatoarea face numeroase referiri la faptul că declararea unui subcontractant în loc de furnizor ar fi mai favorabilă autorității contractante prin prisma unor obligații și cerințe ce trebuie îndeplinite de subcontractant față de un furnizor, aspect nerelevant din perspectiva deciziei achizitoarei de a respinge oferta ca fiind inacceptabilă.

Prezentarea DUAЕ-ului pentru cei doi operatori economici, ... SRL, nu demonstrează respectarea prevederilor legale privind calitatea de subcontractant într-un contract de furnizare. De asemenea, faptul că ... SRL ar îndeplini și activitatea de *consultanță DSP/CNCAN*, activitate care nu a fost solicitată prin caietul de sarcini, pe lângă cea de furnizor de echipamente, nu-l califică automat pentru rolul de subcontractant cu respectarea prevederilor legale în vigoare, într-un contract de furnizare.

În cadrul ofertei prezentate se regăsesc încă două acorduri de subcontractare pentru prestarea unor servicii:

- ... SRL care va presta servicii de instalare, punere în funcțiune, testare, garanție și service în perioada de garanție pentru computer tomograf;
- ... care va presta servicii de instalare, punere în funcțiune, testare, garanție și service în perioada de garanție pentru injector - Dual Head CT Injector C22.

Autoritatea contractantă precizează că aceste acorduri au fost luate în considerare având ca obiect prestarea unor servicii în cadrul contractului de furnizare.

Decizia de a respinge oferta contestatoarei demonstrează aplicarea principiilor legale în vigoare referitoare la achizițiile publice făcând procesul de atribuire transparent și echitabil.

Autoritatea contractantă susține că nu a pus la îndoială competențele celor doi operatori economici declarați ca subcontractanți pentru furnizarea de produse de a îndeplini obligațiile asumate într-un eventual contract, ci doar a considerat că aceștia nu puteau fi declarați subcontractanți în procedura de achiziție publică a unui contract de furnizare de produse.

Prin urmare, consideră justă și legală decizia de a declara oferta inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În consecință, solicită Consiliului respingerea contestației depuse de ... SRL, ca nefondată, iar prin decizie să stabilească finalizarea procedurii.

Prin adresa nr. 16285/705/C9/18.03.2024, Consiliul a solicitat societății contestatoare punctul de vedere asupra excepției tardivității contestației având în vedere că prin contestație a fost criticat raportul procedurii nr. 3919/26.02.2024, contestația fiind transmisă în data de 11.03.2024, iar termenul de contestare se calculează conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 16679/19.03.2024, contestatoare transmite punctul său de vedere referitor la excepția tardivității contestației, prin care comunică faptul că raportul procedurii de anulare nr. 3919/26.02.2024 și comunicarea nr. 3937/26.02.2024 i-au fost transmise în data de 28.02.2024, depunând dovezi în acest sens.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 16679/19.03.2024, contestatoare transmite *Concluzii* prin care reiterează susținerile din cadrul contestației.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de furnizare *Aparatură medicală aferentă proiectului Extindere, modernizare și dotare UPU-SMURD la ...*, cod 33100000-1 Echipamente medicale (Rev.2), ...(CONSILIUL ...), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../ 04.10.2023. Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de furnizare este de 6.278.971,42 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 13.11.2023, ora 15:00.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, pentru lotul 7 – Radiologie 2, ... SRL a înaintat contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În conformitate cu prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea ... SRL a constituit cautiunea în sumă de 63.241,01 lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr.

210033456/1 eliberată de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 11.03.2024.

Analizând prioritar excepția tardivității formulării contestației, ridicată din oficiu, Consiliul o va respinge, constatându-se, din documentele aflate la dosarul cauzei, că raportul procedurii și comunicarea privind rezultatul procedurii i-au fost transmise contestatoarei în data de 28.02.2024, iar contestația a fost înaintată, prin e-mail luni, 11.03.2024, cu respectarea termenului de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Trecând la analiza fondului contestației, Consiliul constată că societatea contestatoare este nemulțumită de decizia de respingere a ofertei sale. Motivele care au stat la baza deciziei de respingere ca ofertă inacceptabilă sunt următoarele:

Ați declarat subcontractanți pe:

a). ...- subcontractant pentru care s-au depus:

- Declarație / FORMULARUL NR. 12 J în care este menționat ca ... urmează a subcontracta : Livrare, instalare, punere în funcțiune, testare, garanție și service în perioada de garanție pentru următoarele echipamente: Geam plumbuit, Radioprotecție, Autorizări - aspect confirmat și de propunerea tehnică prezentată.

- Acord de subcontractare nr. 149/10.11.2023 încheiat între SC ... SRL și ... în care este menționat obiectul acordului de subcontractare „Obiectul prezentului acord de subcontractare îl reprezintă prestarea/execuția/furnizarea de către subcontractant a următoarelor categorii de servicii/lucrări/produse:

- Geam plumbat de minim 100x80 cm și minim 3 mm echivalent Pb

- Trei seturi echipament radioprotecție format din sort, fusta și aparatoare tiroida

- Consultanța DSP/CNCAN"

- Declarație pe proprie răspundere a ... în care menționează ca acesta va asigura :

- "-Geam plumbat de minim 100x80 cm și minim 3 mm echivalent Pb

- Trei seturi echipament radioprotecție format din sort, fusta și aparatoare tiroida

- Documentațiile pentru obținerea autorizațiilor DSP și CNCAN

- Asistența dosar CNCAN"

b). ...- subcontractant pentru care s-au depus:

- Declarație / FORMULARUL NR. 12 J în care este menționat ca ... urmează a subcontracta: Livrare, instalare, punere în funcțiune, testare, garanție și service în perioada de garanție pentru următorul echipament: Incubator Sidam - Warm Line- aspect confirmat și de propunerea tehnică.

- Acord de subcontractare nr. 150/10.11.2023, încheiat între ... și SC ... SRL în care este menționat obiectul acordului de subcontractare:

„Obiectul prezentului acord de subcontractare îl reprezintă prestarea/execuția/ furnizarea de către subcontractant a următoarelor categorii de servicii/lucrări/produse: - Incubator pentru substanța de contrast"

- Declarație pe proprie răspundere a ... în care menționează ca:

"Suntem responsabili pentru livrarea în termenul agreat a produselor și am luat în considerare toate dificultățile pe care le-am putea întâmpina în acest sens"

și ținând cont că activitatea de furnizare nu poate fi subcontractată, potrivit prevederilor art. 3, alin.(1) lit.yy) din Legea nr. 98/2016,

„- 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", putând fi subcontractate doar prestarea de servicii și execuția de lucrări, oferta este considerată inacceptabilă, nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia.

Având în vedere că pentru această procedură nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, comisia de evaluare decide anularea procedurii de atribuire a contractului având ca obiect: Aparatură medicală aferentă proiectului "Extindere, modernizare și dotare UPU-SMURD la ..." - Lot 7 - Radiologie 2, în conformitate cu prevederile art. 212 alin.1, lit.a din Legea 98/2016 "(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă..."

Se constată că litigiul dintre părți se poartă cu privire la posibilitatea subcontractării activității de furnizare materiale/bunuri în cadrul unui contract de furnizare, autoritatea contractantă considerând că subcontractarea furnizării de bunuri poate fi acceptată doar în cazul contractelor de prestări servicii și execuția lucrări.

Decizia achizitoarei s-a bazat pe dispozițiile art. 3 alin.(1) lit.yy) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora subcontractant/subantreprenor reprezintă *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.***

Cum a reținut și autoritatea contractantă, din documentele de calificare și propunerea tehnică prezentată de ... SRL, rezultă că subcontractantul ... SRL va realiza în cadrul contractului: **Livrare, instalare, punere în funcțiune, testare, garanție și service în perioada de garanție pentru următoarele echipamente: Geam plumbuit, Radioprotecție, Autorizări;** subcontractantul ...SRL va realiza în cadrul contractului: **Livrare, instalare, punere în funcțiune, testare, garanție și service în perioada de garanție pentru următorul echipament: Incubator Sidam – Warm Line.**

Potrivit fișei tehnice pentru lotul 7, la pct. 1.14 Accesorii, sunt enumerate următoarele: *fereastră Geam plumbat de minim 100 x 80 cm și minim 3 mm echivalent Pb; incubator pentru substanță de contrast, trei seturi de echipamente pentru protecție formate din șorț, fustă, apărătoare tiroidă.*

Din analiza celor de mai sus, se poate constata că motivul respingerii ofertei ... SRL este declararea în cadrul ofertei a doi operatori economici, ca subcontractanți, în loc de furnizori, deși aceștia urmau a realiza și activități de *livrare*, în cadrul contractului.

Mai întâi se poate observa că cei doi subcontractanți vor livra *accesorii ale echipamentelor*, pe care le vor și instala, pune în funcțiune și testa.

Cum a arătat și societatea contestatoare, în cazul subcontractării, există o serie de obligații specifice pentru ofertanți și subcontractanți, între care: includerea de către ofertant a informațiilor privind partea din contract care va fi subcontractată; completarea de către subcontractant a formularului DUAЕ; încheierea acordului de subcontractare; existând și din partea autorității contractante obligațiile corelative de verificare a capacității tehnice și profesionale a subcontractantului pentru îndeplinirea părții din contract; verificare a neîncadrării în situațiile de excludere.

Astfel cum a explicat și societatea contestatoare, prin definiția dată subcontractului, *intenția legiuitorului a fost aceea de a nu exista obligația de a declara ca subcontractor orice furnizor de produse/servicii*, cu toate obligațiile corelative ce cad în sarcina subcontractorului potrivit legislație.

În definiția actuală a subcontractantului din contractele de achiziție publică, se specifică clar că *furnizarea de materiale sau bunuri în cadrul unui contract nu este considerată subcontractare*, însă nicidecum nu este prevăzut faptul că furnizorul nu poate fi subcontractor sau că nu se poate accepta subcontractarea în cadrul unui contract de furnizare.

De asemenea, din analiza definiției date de legiuitor reținem că poate fi furnizor orice entitate care furnizează produse/servicii *și care nu este subcontractant*, aceasta însă nu exclude ca furnizarea de produse și servicii să fie subcontractate (art. 3 alin. 1 lit. w din lege, *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*).

Cooptarea ca subcontractant, și nu ca furnizor, a unui operator economic nu reflectă nicio neconformitate a ofertei și nici nu este prevăzută de legislație ca motiv de respingere a ofertei.

În decizia nr. 2542/C3/2796 din 05.12.2022, invocată de contestatoare, s-au reținut, între altele:

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 ... S.R.L. 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 ... 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 ... S.R.L., 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 ... S.R.L. nu poate fi exclus de la licitație doar pentru că participă ca subcontractant, în loc de furnizor (cum ilegal dorește ...).

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, ... S.R.L. nu doar că furnizează echipamente hardware și licențe, dar desfășoară mai multe activități aferente contractului de achiziție publică: (...).

Vizavi de necesitatea prevederii în documentația de atribuire a obligației ca doar contractantul să furnizeze echipamentele, aceasta nu era necesară, câtă vreme achizițarea a interpretat dispozițiile legale în sensul în care ar exista o interdicție stabilită prin actul normativ de a fi

subcontractată furnizarea, însă, cum s-a arătat mai sus, nu există o astfel de interdicție, existând doar mențiunea ca *furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică să nu fie considerată subcontractare*. Or, alegerea operatorului economic de a declara un subcontract pentru furnizarea, în cadrul unui contract, a unor accesorii, cum este cazul în analiză, nu poate atrage respingerea ofertei.

De altfel, nici nu rezultă din explicațiile autorității contractante care ar fi motivele pentru care furnizarea *Geamului plumbat de minim 100x80 cm si minim 3 mm echivalent Pb, a trei seturi echipament radioprotecție format din șorț, fustă și apărătoare tiroidă și a incubatorului pentru substanța de contrast*, prin intermediul subcontractanților, ar afecta derularea contractului, nefiind evidențiate avantajele sale, în calitate de beneficiar, dacă cei doi operatori economici ar fi fost contractanți, asociați ai ofertantei ... SRL, și nu subcontractanți.

Opțiunea de a numi un furnizor de produse ca subcontractant în cadrul unei proceduri de achiziție publică este un drept al contractantului și nu poate fi restricționat sau contestat de către autoritatea contractantă în absența dispozițiilor legale care să justifice o astfel de acțiune, sesn în care s-a exprimat reclamanta.

Relativ la faptul că subcontractantul ... SRL ar presta și servicii de consultanță DSP/CNCAN, activitate care nu ar fi fost solicitată prin caietul de sarcini, prin concluziile scrise, contestatoarea a explicat că întocmirea documentațiilor necesare pentru obținerea autorizațiilor de la DSP/CNCAN reprezintă o activitate complexă și specializată, ce necesită o înțelegere profundă a normelor legale și tehnice care guvernează domeniul sănătății publice sau al activităților nucleare. Această activitate reprezintă o formă de consultanță, chiar dacă nu este explicit menționată ca atare în documentația de atribuire. Este important de subliniat că solicitarea de a întocmi documentații adecvate pentru obținerea autorizațiilor conține implicit necesitatea de a oferi asistență specializată și expertiză în interpretarea și aplicarea legislației și standardelor relevante.

(...)

În lumina complexității și a rigurozității procesului de obținere a autorizațiilor, consultantul trebuie să fie capabil să gestioneze eficient toate aspectele administrative și procedurale implicate. El trebuie să ofere sfaturi și recomandări pertinente pentru a asigura că documentațiile întocmite sunt conforme cu cerințele legale și tehnice, și că sunt prezentate într-o manieră completă și precisă.

Așadar, petenta și-a justificat includerea respectivei activități în cadrul acordului de subcontractare.

Se constată din cele de mai sus că singurul argument invocat de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei este indicarea în cadrul Ordinului nr. 1554/2023 al președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice privind aprobarea structurii și conținutului Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse a mențiunii că *activitatea de furnizare nu poate fi*

subcontractată, fără însă a explica, în mod concret, raportat la activitățile subcontractate celor doi operatori economici, cum este împiedicată în derularea contractului. În plus, nu este de ignorat, cum s-arătat mai sus, că cei doi subcontractanții vor livra anumite accesorii ale echipamentelor și vor presta serviciile de instalare și punere în funcțiune a acestora.

În considerarea celor prezentate, apreciind întemeiate criticile din contestație, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL și va dispune continuarea procedurii cu reevaluarea acestei oferte. Fiind dispusă reevaluarea ofertei contestatoarei va fi anulată decizia de anulare a procedurii.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ...(CONSILIUL ...), și anulează raportul procedurii de anulare nr. 3919/ 26.02.2024, pentru lotul 7 – Radiologie 2, și comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 3937/26.02.2024. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii cu reevaluarea ofertei ... SRL și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat ofertantei în termenul legal.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...