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

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., Lider al..., cu sediul în....., nr....., înmatriculată la... al... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii, emisă de către....., nr...., sectorul..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă accelerată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...” - cod..., s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 și următoarele din Legea nr. 101/2016;
- anularea în parte a adresei entității contractante nr..... - Solicitare de clarificări - Clarificarea 4;
- obligarea entității contractante la continuarea procedurii cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința evaluării ofertei sale cu respectarea documentației de atribuire;
- obligarea entității contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze.

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

..., Lider al..., formulează contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă accelerată, emis de către..., având ca obiect: „...”.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[CN1... /...708]... 1_semnat.pdf„ din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt, evidențiind faptul că, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr....., în cadrul căreia, în urma Constatării nr...., i-a adresat clarificarea nr.... prin care i-a solicitat înlocuirea terțului-subcontractant

din ambele calități, acesta apreciind că această clarificare este nelegală, apreciind..., că se impune suspendarea procedurii.

Inserând extras din adresa nr....., și făcând trimitere la dispozițiile art. 174 alin. (2), art. 170 alin. (2) și cele ale art.... alin. (2) din Legea nr. 98/2016, susține că niciunul dintre aceste prevederi legale nu limitează înlocuirea terțului-subcontractant cu un singur operator economic, apreciind că singura limitare este aceea a adresării unei singure solicitări de înlocuire.

Mai mult decât atât, invocând prevederile art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și dispozițiile art. 63 și art. 171 din Directiva 2014/24, contestatorul apreciază că se impune să facă trimitere la prevederile documentației de atribuire (Fișa de Date și Anexa 1 la DA - Instrucțiuni către ofertanți) cu relevanță din perspectiva terțului susținător a cărei înlocuire se solicită, în sensul în care, pentru îndeplinirea cerințelor pot fi prezentați mai mulți terți susținători.

Din punctul său de vedere, din economia prevederile documentației de atribuire (Fișa de Date și Anexa 1 la DA - Instrucțiuni către ofertanți) se poate observa că singura limitare relevantă impusă prin documentația de atribuire este demonstrarea îndeplinirii Cerinței 2 la nivelul a maxim 3 contracte, neexistând o limitare din perspectiva numărului terților susținător, ofertanții având dreptul de a invoca susținerea mai multor terți.

Acesta evidențiază cerința 5 a documentației de atribuire, din perspectiva subcontractării, cu indicarea explicita a procentului la care se ridica categoriile de servicii/lucrări subcontractate pentru fiecare subcontractant declarat.

Subliniază faptul că, în opinia sa, se impune a se avea în vedere că niciunul dintre elementele care fac obiectul constatării nr.... nu se subsumează prevederilor art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, astfel încât, să fie incidente prevederile art. 174 alin. (2) din același act normativ.

Potrivit acestora, contestatorul apreciază că legiuitorul sau autoritatea contractantă nu au instituit nicio limitare cu privire la numărul operatorilor economici care pot asigura susținerea sau subcontractarea, singura limitare impusă fiind aceea a formulării unei singure solicitări de înlocuire de către autoritatea contractantă.

Din punctul său de vedere, documentația de atribuire prevede, în mod..., posibilitatea apelării la „unui/unor terț/terți” pentru îndeplinirea cerințelor privind cifra de afaceri, experiența similară, capacitatea tehnică și profesională și utilajele/echipamentele necesare execuției lucrărilor. Menționează că niciun text din documentație nu limitează numărul terților susținători, singura limitare relevantă fiind aceea privind numărul maxim de contracte pentru demonstrarea experienței similare, nu numărul entităților care pot asigura susținerea.

De asemenea, susține că, din perspectiva subcontractării, documentația de atribuire prevede posibilitatea declarării mai multor subcontractanți, fiecare cu procentul aferent și cu obligația completării DUAE separat. În situația în care, un subcontractant se află într-un motiv de excludere sau nu îndeplinește criteriile relevante, autoritatea contractantă poate solicita o singură dată înlocuirea, fără a impune ca noua structură de susținere să fie concentrată într-un singur operator economic, cât timp este respectat obiectul subcontractării și procentul de subcontractare.

Apreciază că solicitarea înlocuirii cu „un singur operator economic” reprezintă o încălcare a prevederilor art. 170 alin. (2), art. 174 alin. (2) si art.... alin. (2) din Legea nr. 98/2016, manifestată prin restrângerea nejustificată a unui drept recunoscut... de lege si documentația de atribuire.

Consideră că, în lipsa unei interdicții exprese în sensul înlocuirii terțului-subcontractant cu mai mulți operatori economici și în virtutea principiului „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” comisiei de evaluare îi este interzis să impună subscrisei înlocuirea cu „un singur operator economic”.

În susținere, contestatorul invocă jurisprudența CJUE.

Prin urmare, în virtutea celor mai sus expuse, susține că autoritatea contractantă poate permite înlocuirea terțului-subcontractant cu doi operatori economici, respectiv, un terț susținător si un terț - subcontractant, solicitarea de clarificări nr...., care impune înlocuirea cu un singur operator economic fiind nelegală.

În ceea ce privește suspendarea procedurii de atribuire, contestatorul invocă dispozițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016.

... precizează că, atât art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cât și art. 63 și 171 din Directiva 2014/24/UE, consacră... posibilitatea recurgerii la unul sau mai mulți terți, fără condiționarea menținerii identității numerice a entității inițiale.

Susține că, documentația de atribuire prevede, la rândul său, posibilitatea susținerii prin „unui/unor terț/terți” și declararea mai multor subcontractanți, neexistând nicio limitare numerică.

Apreciază că, în aceste condiții, impunerea înlocuirii cu un singur operator economic constituie o restrângere nejustificată a unui drept recunoscut de lege și de documentația de atribuire, contrară jurisprudenței CJUE (C-.../12...), care confirmă posibilitatea cumulului capacităților mai multor entități.

Prin urmare, există o aparență serioasă de nelegalitate a măsurii contestate, care fundamentează existența unui caz bine justificat în sensul art. 22 din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește paguba iminentă, în absența suspendării procedurii de evaluare a ofertei subscrisei, dreptul la un remediu efectiv

ar deveni iluzoriu, iar protecția jurisdicțională ar fi lipsită de utilitate practică.

Acesta susține că, în concret, dacă evaluarea va continua, se va finaliza, în mod previzibil, cu respingerea ofertei subscrisei pentru neconformarea la cerința nelegală de înlocuire cu „un singur operator economic”.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr....., în calitate de autoritate contractantă, transmite punctul său de vedere față de contestația depusă de..., solicitând respingerea contestației, ca fiind lipsită de interes, inadmisibilă și, pe fond, ca fiind neîntemeiată, nefondată și neprobată.

În prealabil, autoritatea contractantă face o scurtă prezentare a situației de fapt, precizând, sub formă tabelară, care sunt cele șase oferte prezentate pentru lotul 1 și evidențiind faptul că, urmare a analizării și verificării informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, comisia de evaluarea a formulat solicitări de clarificări pentru cei 6 ofertanți, pentru care a stabilit ca termen de răspuns data de....

Menționează că, ulterior, în data de..., contestatorul a solicitat extinderea termenului de răspuns la solicitarea de clarificare nr...., față de care s-a decis prelungirea termenului de răspuns cu 2 (două) zile, respectiv până în data de..., contestatorul încărcând în SEAP, răspunsul la solicitarea de clarificare.

Aceasta menționează că, împotriva clarificării nr.... din adresa nr....., contestatorul a formulat contestația ce face obiectul prezentului dosar.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii, autoritatea contractantă susține că este ținută de punerea în aplicare a Deciziei definitive a CNSC, indiferent de stadiul procedurii de achiziție publică, neexistând nicio situație în care contestatorul poate suferi vreo paguba și, cu atât mai puțin, o pagubă iminentă.

..., afirmă că nu a formalizat nicio decizie, până în prezent, referitoare la aspectele menționate de contestator.

Apreciind că niciuna dintre condițiile prevăzute la art. 22 din Legea nr. 101/2016 nu este îndeplinită, consideră că se impune a fi respinsă solicitarea de suspendare a procedurii formulată de către contestator.

Mai mult, autoritatea contractantă evidențiază faptul că prezenta procedură este finanțabilă prin instrumentul SAFE, menționând..., că a utilizat procedura de licitație deschisă prevăzută la art. 68 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu reducerea termenelor în conformitate cu art. 74. alin. (3) și art. 161 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora, legiuitorul a considerat necesară instituirea unei prezumții legale referitoare la demonstrarea situației de urgență.

Făcând trimitere la prevederile... nr...., autoritatea contractantă susține că, în cadrul unei proceduri de achiziție publică de asemenea

anvergură exista un număr mare de variabile care pot conduce la întârzieri în finalizarea achiziției publice.

De asemenea, aceasta subliniază faptul că, în absenta asigurării finanțații prin intermediul..., nu au fost identificate surse alternative de finanțare.

Pentru toate motivele prezentate.... precizează, în mod explicit, faptul că nu este de acord cu suspendarea procedurii de achiziție publica, întrucât, această acțiune conduce în mod cert la ieșirea din calendarul de eligibilitate pentru finanțare și pierderea efectivă a finanțării prin....

În opinia acestuia, un alt aspect extrem de important este că obiectivul de investiții care face obiectul procedurii de achiziție publică, va fi proiectat astfel încât să fie asigurată dubla utilizare, civilă și militară.

În susținere, inserează extras din Regulamentul (UE) 2025 /..., care impune un termen extrem de strâns pentru semnarea contractelor de achiziție publică care vor beneficia de finanțare prin SAFE, și anume....

Aceasta menționează că operatorilor economici le-a fost făcut opozabil, încă de la momentul publicării anunțului de participare faptul că, în condițiile în care, în luna mai 2026 nu se semnează contractele de proiectare și execuție, conform cadrului legal aplicabil, contractul iese din perioada de eligibilitate pentru finanțare.

Astfel, în aceste condiții, apreciază că o eventuală decizie de suspendare a procedurii ar conduce, în mod inevitabil, la neîndeplinirea condiției de eligibilitate privind semnarea tuturor contractelor din cadrul acestui obiectiv de investiții până în luna mai 2026, lipsind de efecte prevederile legale incidente referitoare la derularea de urgență a procedurilor finanțate prin SAFE.

În susținere, autoritatea contractantă invocă jurisprudența CNSC.

În ceea ce privește fondul contestației, autoritatea contractantă susține că, raportat la conținutul contestației, respectiv, capătului de cerere referitor la anularea întregii clarificări nr...., îi lipsesc elementele constitutive prevăzute prin art. 10 lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016.

Aceasta susține că, prin contestație... nu include niciun motiv de fapt și de drept care să justifice anularea în integralitate a Clarificării nr...., singurele critici fiind îndreptate exclusiv împotriva unei unice mențiuni din cadrul acesteia.

Aceasta consideră că... nici nu putea prezenta astfel de motive dat fiind faptul ca.... avea obligația legală de a emite respectiva clarificare și de a solicita înlocuirea operatorului economic Antrepriza de... și Autostrăzi, în conformitate cu prevederile legale incidente (art. 174 alin. (2) și art.... alin. (2) din Legea nr. 98/2016).

În același sens, aceasta consideră că... nu critică înlocuirea propriu-zisă a operatorului economic Antrepriza de... și Autostrăzi, chiar dând curs solicitării entității contractante, menționând, în acest sens, în mod..., la nivelul răspunsului: „(...) înțelegem să înlocuim terțul-subcontractant nominalizat de comisia de evaluare [...].”

Susține că trebuie remarcat faptul că, deși toate critici le regăsite la nivelul contestației sunt îndreptate împotriva precizării „un singur operator economic”, contestatorul nu aduce nicio critică precizării regăsite tot la nivelul aceleiași clarificări: „înlocuirea să se realizeze strict în aceleași condiții așa cum rezultă din oferta depusă inițial (...)” care, în fond, este întemeiată pe aceleași prevederi legale și rațiuni logico-juridice și produce aceleași efecte juridice.

Din punctul său de vedere, având în vedere solicitarea de anulare a unei întregi solicitări de clarificare, fără să prezinte critici/motive de fapt și de drept/mijloace de probă, consideră că acest capăt de cerere se impune a fi anulat în baza prevederilor art. 11 din Legea nr. 98/2016, apreciind acest capăt de cerere ca fiind lipsit de interes, întrucât, clarificarea nr.... și în ipoteza modificării punctuale a acesteia, ar produce aceleași efecte juridice.

Sub un al doilea aspect, autoritatea susține că „Clarificarea nr....” a fost elaborată cu deplina respectare a legislației incidente în domeniul achizițiilor publice.

Inserând dispozițiile art. 174 alin. (2), art.... alin. (2) din Legea nr. 98..., și având în vedere sensul literar al termenului de înlocuire regăsit în DEX, autoritatea contractantă apreciază că aceasta implica paritatea elementelor înlocuite (o entitate cu o altă entitate).

Din punctul său de vedere, comisia de evaluare a formulat precizările regăsite la nivelul clarificării nr...., tocmai pentru a asigura respectarea principiului tratamentului egal, astfel cum impune, in mod..., art.... alin. (2) din legea nr. 98/2016.

În acest sens, consideră că trebuie evidențiat faptul ca legiuitorul a instituit, ca regulă generală, interzicerea modificării ofertelor ulterior împlinirii termenului de depunere și deschidere a ofertelor, amintind în acest sens, cu titlu de exemplu, următoarele prevederi legale: art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;... privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică sectorială.

Consideră că, în deplină concordanță cu această regulă, Legiuitorul a instituit în mod... și exhaustiv și anumite excepții în care oferta poate fi modificată ulterior împlinirii termenului de depunere și deschidere a ofertelor, amintind în acest sens prevederile art. 134 alin. (7) - (10), art. 135 din HG nr. 395...u art. 170 alin. (2) art. 174 alin. (2) si art.... (2) din Legea nr. 98.....

Astfel, referitor la susținerile operatorului economic: „(...) în lipsa unei interdicții exprese în sensul înlocuirii terțului-subcontractant cu mai

mulți operatori economici și în virtutea principiului „ubi lex non distinguid nec nos distinguere debemus” comisiei de evaluare îi este interzis să impună subscrisei înlocuirea cu „un singur operator economic”, autoritatea contractantă precizează că principiul invocat de către contestator este interpretat de aceasta în mod subiectiv, pro-causa, în sensul opus decât ar produce efecte juridice în mod normal în speța dedusă judecații.

Făcând trimitere la art. 170 alin. (2), art. 174 alin. (2), cât și la art.... alin. (2), susține că articolele de lege invocate de contestator, nu numai că nu permit, în mod..., înlocuirea unui terț cu doi sau mai mulți terți, dar, chiar instituie limitări exprese cu privire la condițiile în care poate interveni înlocuirea unui operator economic ulterior momentului depunerii ofertelor.

Reiterează trimiterea la dispozițiile art. 174 alin. (2) și la art.... alin. (2), consideră că permiterea completării tocmai a unei oferte deficitare cu un terț suplimentar, ulterior depunerii ofertei, fără un temei legal explicit care să prevadă posibilitatea unei astfel de acțiuni, reprezintă o gravă încălcare a principiului tratamentului egal, implicând în mod automat un act de favorizare a respectivului ofertant în detrimentul tuturor celorlalți ofertanți care au prezentat operatori economici admisibili și care îndeplinesc cerințele de calificare.

În absenta precizării criticate prin contestație din cadrul solicitării de clarificare și permiterea prezentării mai multor terți (2 sau mai mulți terți) sau mai multor subcontractanți (2 sau mai mulți subcontractanți) în locul operatorului economic care deținea calitatea de terț-subcontractant ar fi condus:

- la încălcarea principiului transparentei;
- la încălcarea principiului tratamentului egal;
- la încălcarea principiului asumării răspunderii.

Referitor la invocarea de către contestator a prevederilor art. 181 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, a art. 63 si 171 din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă susține că aceste prevederi legale sunt lipsite de incidența în speța de față, întrucât, reglementează aspecte referitoare la elaborarea și prezentarea ofertelor - aplicabile pana la momentul depunerii ofertelor și care într-adevăr, nu prevăd niciun fel de limitare în ceea ce privește asocierea ofertanților sau nominalizarea oricâtor terți și subcontractanți considera necesar în cadrul ofertelor.

.... consideră că nu există niciun temei legal pentru extrapolarea acesteia, în cazul celei de a doua.

În mod similar, referitor la jurisprudența invocată de contestator, autoritatea contractantă consideră că aceasta nu prezintă nicio urmă de aplicabilitate în speța dedusă judecații întrucât sunt invocate prevederi referitoare la modalitatea de elaborare a ofertelor și drept urmare, aplicabile până la momentul depunerii ofertelor, nu și ulterior în situația înlocuirii unui terț sau subcontractant.

Aceasta menționează că nu exista niciun temei legal care sa susțină interpretările contestatorului fiind chiar interzisă extrapolarea unor prevederi aplicabile într-o altă situație (elaborarea ofertelor) unor situații intervenite ulterior deschiderii ofertelor care sunt reglementate punctual și exhaustiv de legislația în vigoare incidența în materia achizițiilor publice, cu titlu de excepții de la regula interzicerii modificării ofertei ulterior depunerii și deschiderii acesteia.

Menționează că, se prezintă ca fiind clar, faptul că, interpretările contestatorului sunt contrare textelor legale incidente în vigoare și contrare voinței Legiuitorului care în mod evident a limitat posibilitatea de modificare a ofertelor ulterior termenului de depunere a acestora, reglementând in mod explicit și exhaustiv cazurile în care pot interveni asemenea modificări, iar solicitarea de clarificare contestată a fost formulată de către Comisia de evaluare cu deplina respectare a prevederilor legale incidente în materia achizițiilor publice.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției.

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

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă accelerată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...".

Prin contestația care face obiectul prezentei..., lider al..., este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a solicitat să înlocuiască operatorul economic... din calitatea de terț și subcontractant, cu un alt operator economic (sintagma din solicitarea de clarificare este „..."), solicitând obligarea autorității contractante de a-i permite înlocuirea terțului subcontractant... cu doi operatori eco*nomici, respectiv un terț s*ustinător și un terț - subcontractant (precizarea se regăsește la pag/ 9 din contestație, în concluzia din finalul ultimului paragraf vizând fondul cauzei).

Ca un prim aspect, Consiliul constată că, deși, prin capetele de cerere solicită *„anularea în parte a adresei autorității contractante nr.... - Solicitare de clarificări - Clarificarea 4", criticile...* nu vizează motivele care au condus la solicitarea de înlocuire a terțului subcontractant..., ci, doar faptul că autoritatea contractantă a solicitat înlocuirea acestuia cu „un singur operator economic" (pag. 4, respectiv ultimul paragraf al clarif*icării nr.... din adresa nr*.....), motiv pentru care se va pronunța, conform principiului disponibilității, statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, strict cu privire la acest aspect.

În acest sens, Consiliul reține că, potrivit mențiunilor din textul clarificării nr...., care nu au fost contestate de către..., coroborat cu cele

din declarațiile DUAE transmise de autoritatea contractantă la dosarul cauzei în format electronic, operatorul economic... a fost nominalizat terț și subcontractant al... pentru a demonstra îndeplinirea următoarelor cerințe minime de calificare:

- capacitatea tehnică:
  - cerința privind experiența similară în executarea de lucrări (partea de proiectare fiind susținută de un alt terț);
  - cerința privind utilaje, instalații și echipamente tehnice;
- capacitatea economică și financiară:
  - cerința privind cifra de afaceri anuală totala, în fiecare dintre exercițiile financiare aferente anilor..... si....

Sesizând, pe de o parte, faptul că documentele prezentate de... nu confirmă procentul executat anterior de către respectivul operator economic în contractul invocat ca experiență similară și, pe de altă parte, luând în considerare că... nu a menționat în DUAE că ar fi săvârșit anterior o abatere profesională gravă, fapt demonstrat prin Decizia penală definitivă nr.... pronunțată de..., autoritatea contractantă a transmis..., adresa nr...., prin care i-a solicitat, la punctul 4, următoarea clarificare:

*„Având în vedere cele precizate, in baza art. 174 alin. (2) si art.... alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Comisia de evaluare vă solicită **înlocuirea terțului subcontractant** ANTREPRIZA DE CONSTRUCTII DRUMURI ȘI AUTOSTRAZI **din ambele calități** (terț și subcontractant). Atragem atenția că în conformitate cu Formularul nr.... acest subcontractant și terț a fost prezentat în vederea îndeplinirii cerințelor de calificare privind:*

- ***capacitatea tehnică;***
- ***experiența similară;***
- ***utilaje, instalații si echipamente tehnice,***

*iar în conformitate cu prevederile Formularului 3A, a susținut și **îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri;***

*și drept urmare înlocuirea trebuie să se realizeze **strict în aceleași condiții așa cum rezultă din oferta depusa inițial,** inclusiv și cu privire la cerințele de calificare ce se urmăresc a fi îndeplinite prin terțul subcontractant cât și în ceea ce privește **obiectul subcontractării și procentul de subcontractare.***

..., Comisia de evaluare vă solicită transmiterea tuturor documentelor și formularelor solicitate prin documentația de atribuire pentru noul terț-subcontractant - un singur operator economic (inclusiv DUAE, Acord de subcontractare, Formulare, documente justificative tert, etc.)”.

Consiliul reține că prevederile legale invocate de către autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări au următorul conținut:

- art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că*

subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv";

- art.... alin. (2) din Legea nr. 98/2016: „D*acă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și..., autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)".*

În plus, Consiliul reține prevederile art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, invocate de către... în contestație, conform cărora „În cazul î*n care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație".*

Consiliul reține că, astfel cum a menționat atât contestatorul cât și autoritatea contractantă, adresa nr..... reprezintă o solicitare de clarificări, prin care, conform art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a cerut... anumite informații necesare evaluării ofertei sau, cu alte cuvinte, fără de care nu este posibilă continuarea evaluării respectivei oferte.

În această situație, a solicitărilor de clarificări, sunt incidente prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*".

Or, înlocuirea unui singur terț - subcontractant cu alți doi operatori economici ar determina, în mod evident, un avantaj în favoarea respectivului ofertant, deoarece, sarcinile asumate de către terțul inițial ar urma să fie distribuite între alți doi operatori economici, cu implicații în toate componentele ofertei pentru care a fost necesară susținerea terțului, inclusiv, propunerea tehnică și cea financiară.

Consiliul reține că modalitatea de înlocuire a terțului din prezenta speță nu se poate limita la analiza lexicală a prevederilor din legislația națională care transpun dreptul comunitar, ci, trebuie să aibă în vedere interpretarea dată acesteia de către Curtea de Justiție a..., în hotărârile prin care a stabilit care este modalitatea corectă de interpretare a legislației comunitare.

În acest sens, se reține, ca fiind relevantă, hotărârea pronunțată de CJUE în Cauza C-324/14, având ca obiect interpretarea art. 47 alin. (2) și art. 48 alin. (3) din Directiva 2...4/18/CE (al cărui corespondent actual este art. 63 din Directiva 2014/24/UE, invocat de părțile prezentei cauze), privind posibilitatea unui operator economic de a se baza pe capacitățile altor entități pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare.

Potrivit art. 63 din Directiva 2014/24/UE și art. 182 din Legea nr. 98/2016, operatorul economic poate invoca capacitățile altor entități, cu condiția de a demonstra că va dispune efectiv de resursele acestora pe durata executării contractului.

În cauza C-324/14, instanța comunitară a statuat, în esență, că:

- dreptul de a invoca capacitatea terților nu este pur formal;
- autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă resursele invocate sunt reale și vor fi efectiv utilizate;
- terțul trebuie să contribuie concret la executarea contractului, în special atunci când capacitatea invocată privește experiența profesională sau tehnică.

Prin urmare, ca o primă concluzie, Consiliul reține că terțul susținător... nu este un simplu garant, abstract, al capacității..., ci, o entitate integrată funcțional în mecanismul de executare a contractului.

Prin urmare, identitatea și rolul său fac parte din structura tehnico-economică a ofertei.

Consiliul reține, cu privire la modificarea ofertei pe calea răspunsului la solicitările de clarificări, că instanța comunitară stabilește limite clare privind modificările ofertei.

Astfel, conform hotărârii pronunțată în cauza C-336/12, clarificările pot fi acceptate doar dacă nu conduc la prezentarea unei oferte noi, iar, potrivit hotărârii pronunțată în cauza C-387/14, este interzisă modificarea substanțială a elementelor esențiale ale ofertei după termenul-limită.

Consiliul reține că elementele esențiale ale ofertei includ, printre altele, capacitatea tehnică și profesională demonstrată, structura resurselor implicate precum și repartizarea responsabilităților în executarea contractului.

Or, înlocuirea unui terțului susținător... afectează exact aceste elemente.

În speța dedusă soluționării... a depus ofertă bazându-se pe capacitatea unui singur terț, iar, ulterior, solicită înlocuirea acestuia cu doi terți distincți, situație care generează anumite efecte juridice, cum ar fi:

- Modificarea structurii capacității demonstrate, deoarece, capacitatea nu mai este concentrată într-o singură entitate, ci, distribuită între două entități distincte, ceea ce presupune fragmentarea

experienței, redistribuirea responsabilităților și potențială modificare a modului de executare.

În această situație, autoritatea contractantă ar trebui să reevalueze integral capacitatea și modul în care sunt utilizate resursele, ceea ce depășește sfera unei simple clarificări.

- Alterarea echilibrului competitiv, deoarece, acceptarea unei asemenea modificări ar permite ofertantului să își reconfigureze structura tehnică post factum și să își optimizeze capacitatea în funcție de deficiențele constatate, ceea ce ar determina un avantaj competitiv evident și ar încălca principiul egalității de tratament.

- Posibila calificare ca ofertă nouă, deoarece, prin schimbarea identității entităților care asigură capacitatea se modifică fundamentul calificării, se modifică premisa evaluării inițiale și se intervine asupra unui element esențial al ofertei.

Prin urmare, conform jurisprudenței CJUE indicată mai sus, o asemenea modificare, constând în înlocuirea terțului subcontractant cu două entități distincte care să îndeplinească prin cumul obligațiile asumate inițial de... nu poate fi calificată drept simplă clarificare sau completare, ci, reprezintă o modificare substanțială a ofertei, echivalentă cu depunerea unei oferte noi, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Jurisprudența comunitară invocată de... în contestație, respectiv, hotărârea pronunțată de CJUE în cauza.../12, nu contrazice raționamentul de mai sus, deoarece, nu se referă la înlocuirea unui terț în etapa de evaluare a ofertelor, ci, statuează că un ofertant poate invoca mai mulți terți atunci când își elaborează oferta, astfel cum a procedat Asocierea... -... în prezenta speță, în care a nominalizat, de exemplu, terțul... pentru demonstrarea experienței similare în prestarea serviciilor de proiectare și terțul... pentru cifra de afaceri, experiența în execuția de lucrări similare și utilajele disponibile.

Pentru considerentele anterior expuse, constatând că modalitatea în care a formulat autoritatea contractantă solicitarea de înlocuire a terțului subcontractant respectă prevederile legale incidente, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă...

Pe cale de consecință, va respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii de atribuire.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă...

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

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

Redactat practicaua deciziei ...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.