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 art. 14 alin. (2) 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 nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ....SRL, cu sediul în ....., ..., ..., având CUI ..., înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. ....., reprezentată legal de dl. ....., administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., judeţul ....., în cadrul procedurii de „cerere de oferte" offline, cu etapă finală de licitaţie electronică, organizată în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „.....", cod CPV 45233141-9, s-a solicitat anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. 9097/....., anularea raportului procedurii, anularea deciziei de anulare a procedurii şi reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor, reevaluarea răspunsului la solicitarea de clarificări şi a înscrisurilor depuse de contestator şi desemnarea ofertei câştigătoare dintre ofertele admisibile, conform legislaţiei şi criteriilor de atribuire.

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

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC .....SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte" offline, cu etapă finală de licitaţie electronică, organizată în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „.....", cod CPV 45233141-9, s-a solicitat anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. 9097/....., anularea raportului procedurii, anularea deciziei de anulare a procedurii şi reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor,

reevaluarea răspunsului la solicitarea de clarificări şi a înscrisurilor depuse de contestator şi desemnarea ofertei câştigătoare dintre ofertele admisibile, conform legislaţiei şi criteriului de atribuire.

În fapt, contestatorul arată că, prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 9097/....., autoritatea contractantă i-a declarat oferta inacceptabilă în baza art. 361 coroborat cu art. 36 alin. (1), lit. f) din HG nr. 925/2006, deoarece contestatorul nu a justificat preţul aparent neobişnuit de scăzut, respectiv:

- nu ar fi declarat ....SRL drept subcontractant;
- în cazul utilajelor autogreder 150 cp şi excavator pe pneuri motor termic 0,39 mc a utilizat în formularul ..... tarife orare diferite de cele precizate în ofertele depuse.

Prin aceeaşi comunicare, autoritatea contractanta a comunicat faptul că a hotărât ....., întrucât au fost depuse numai oferte inacceptabile şi/sau neconforme.

Contestatorul precizează că, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/....., a notificat autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere a încălcărilor legislaţiei privind achizitiiile publice iar, prin adresa nr. 9432/....., autoritatea contractantă a comunicat faptul că nu va adopta măsurile de remediere solicitate.

Contestatorul consideră că ar fi nelegală comunicarea privind rezultatul procedurii datorită faptului că autoritatea contractantă nu a informat-o cu privire la căile de atac, respectiv obligaţia de a transmite o notificare, în conformitate cu prevederile art. 6 alin.(1) din Legea nr. 101/....., ci doar că poate depune contestaţie la CNSC.

Contestatorul precizează că, prin adresa nr. 9432/....., autoritatea contractantă a arătat că a comunicat rezultatul procedurii cu respectarea prevederilor legale şi a fişei de date a achiziţiei, susţinând că nu avea obligaţia de a informa ofertanţii despre obligativitatea formulării notificării prevăzute de art. 6 alin.(1) din Legea nr.101/....., întrucât acest din urmă act normativ se aplică numai contestaţiilor/ cererilor/ plângerilor formulate după intrarea în vigoare.

Referitor la afirmaţia autorităţii contractante că, în oferta contestatorului, nu ar fi fost declarat ....SRL în calitate de subcontractant, contestatorul arată că, a răspuns solicitării autorităţii prin adresa nr. 912/....., căreia i-a ataşat liste de preţ pentru materiale şi echipamente. În primul rând, susţine contestatorul, justificarea preţului nu are nicio legătură cu existenţa sau inexistenţa calităţii de subcontractant a unui furnizor.

Autoritatea contractantă nu a stabilit inexistenţa sau nerealitatea preţurilor din ofertele prezentate, o astfel de împrejurare nefiind menţionată în comunicarea privind rezultatul procedurii.

Împrejurarea că unul dintre furnizori ar fi avut sau nu calitatea de subcontractant nu are nicio relevanţă în privinţa justificării preţului ofertat, astfel că decizia autorităţii contractante de a respinge sub acest

motiv oferta ca inadmisibilă în baza art. 36^1 coroborat cu art. 36 alin. (1) lit. f) din HG nr. 925/2006 este vădit nelegală şi netemeinică.

În al doilea rând, conform contractului de prestări servicii nr. 88/17.05....., SC ....SRL are calitatea de furnizor, punând la dispoziţie, în calitate de contractant, servicii de manoperă fără să aibă calitatea de subcontractant, aspect adus la cunostinta autorităţii contractante prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 7755/09.06....., dar şi în răspunsul anterior nr. 952/31.05..... transmis la o altă solicitare de clarificări.

Conform Codului Civil, părţile au libertatea de a alege natura juridică a contractului pe care doresc să-l încheie iar, în prezenta situaţie, contestatorul susţine că a ales cu SC ....SRL să încheie un contract de prestări servicii, iar nu un contract de subantrepriză.

Contractul cu această societate nu poate fi calificat în nicio împrejurare drept un contract de subantrepriză, întrucât art. 1852 alin. (1) din Codul civil stabileşte că prin contractul de subantrepriză antreprenorul poate încredinţa unuia sau mai multor subantreprenori executarea unor părţi ori elemente ale lucrării sau serviciilor.

Obiectul contractului ce urmează a fi atribuit este de „Lucrări de intretinere curenta pe timp de vara pe reţeaua de dramuri din administrarea Consiliului Judeţean ....., pe durata a 36 de luni calendaristice", iar obiectul contractului cu SC ....SRL este prestare servicii iar, în baza acestuia, SC ....SRL pune la dispoziţia contestatorului strict servicii, fără utilaje, scule, echipamente, fără servicii de control al calităţii, fără răspundere post execuţie, neavând calitatea de subcontractant.

Potrivit contestatorului, există subcontractare atunci cand produsul, serviciul care face obiectul contractului de furnizare este în fapt furnizat, în tot sau în parte, de un terţ cu care executantul a subcontractat în acest scop.

Respectând logica autorităţii contractante, în sensul că se consideră subcontractare orice tip de raport juridic între ofertantul care prezintă oferta individuală sau comună, pe de o parte şi un alt operator economic ori un profesionist, în intelesul Codului Civil, pe de altă parte, prin care acesta din urmă realizează pentru primul orice activitate - servicii sau lucrări legate de îndeplinirea contractului de execuţie - s-ar desprinde concluzia că toţi furnizorii de materiale şi servicii cu care urmează să se colaboreze trebuie declaraţi ca subcontractanţi.

În aceasta logică, toţi ceilalţi furnizori implicaţi, începand cu persoane autorizate (RTE) şi continuând cu furnizorii de materiale (indiferent de cantitate), de servicii ale laboratoarelor, servicii de transport, ar îndeplini cerinţele de a fi nominalizaţi ca subcontractanţi.

De altfel, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 7755/09.06....., arată contestatorul, şi-a exprimat disponibilitatea ca, la solicitarea autorităţii contractante, să completeze declaraţia privind

subcontractanţii cu entităţile menţionate, ceea ce autoritatea contractanta nu a solicitat.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă i-a respins în mod netemeinic şi nelegal oferta pentru că nu ar fi justificat preţul aparent neobişnuit de scăzut al ofertei sub motiv că în cazul utilajelor autogreder 150 cp şi excavator pe pneuri motor termic 0,39 mc a utilizat în formularul ..... tarife orare diferite de cele precizate în ofertele depuse.

În primul rand, arată contestatorul, autoritatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare în această privinţă, or în lipsa solicitării de clarificări nu se poate proceda la declararea ofertei ca inacceptabilă. Dacă s-ar fi solicitat clarificări, contestatorul susţine că ar fi răspuns că, preţurile sunt diferite deoarece utilizările utilajelor sunt diferite, aspect pe care autoritatea contractantă îl cunoaşte oricum foarte bine.

În al doilea rând, existenţa în ofertă a unor preţuri diferite faţă de ofertele prezentate în justificarea preţului nu reprezintă motiv de respingere a ofertei ca inacceptabilă pentru nejustificarea preţului decât în cazul în care preţurile din ofertă sunt mai mici decât cele prezentate în ofertele de la furnizori.

Or, în cazul de faţă, preţurile din oferta sunt mai mari decât cele ofertate de furnizori, ceea ce semnifică faptul că s-a justificat preţul aparent neobişnuit de scăzut al ofertei.

În ceea ce priveşte decizia autorităţii contractante de anulare a procedurii de achiziţie publică, aceasta este nelegală prin prisma faptului că, în opinia contestatorului, oferta lui este admisibilă, iar anularea deciziei autorităţii contractante în această privinţa se impune cu necesitate în măsura în care Consiliul va admite contestaţia şi va dispune reevaluarea ofertei.

În temeiul art.19 alin.(1) din Legea nr.101/....., contestatorul solicită Consiliului accesul la documentele aflate la dosarul achiziţiei publice.

Prin adresa nr. 21939/1535C1/....., Consiliul solicită autorităţii contractante dosarul achiziţiei publice şi oferta contestatorului, în conformitate cu dispoziţiile art. 18, art. 20 din Legea nr. 101/....., coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/..... şi art. 213 din OUG .....4/2006, precum şi dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) şi art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., în termen de ..... zile lucrătoare de la data comunicării prezentei, sub sancţiunea reglementată de art. 20 alin. (.....) din actul normativ antemenţionat. De asemenea, în situaţia în care autoritatea contractantă a adoptat vreo măsură de remediere, Consiliul a solicitat transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Prin adresa nr. 9943/....., înregistrată la CNSC sub nr. 22311/....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziţiei şi punctul de vedere cu privire la contestaţia în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată.

În fapt, arată autoritatea contractantă, deschiderea ofertelor depuse pentru atribuirea contractului a avut loc în data de ....., la procedură participând patru ofertanţi:

1. SC ... SRL
2. SC ..... SRL
3. SC .... SRL ....., cu terţ susţinător SC .. SRL .....;
4. Asocierea SC .. SRL & SC ... SA

În urma procesului de evaluare din cadrul celor şapte şedinţe, comisia de evaluare a hotărât ..... de achiziţie deoarece au fost depuse numai oferte inacceptabile şi/sau neconforme.

În ceea ce priveşte oferta contestatorului, arată autoritatea contractantă, aceasta a fost declarată inacceptabilă în temeiul dispoziţiilor art. 36^1 coroborat cu art. 36, alin (1), lit. f) din HG nr. 925/2006, întrucât prin informaţiile transmise, ofertantul nu a putut justifica preţul aparent neobişnuit de scăzut.

Autoritatea contractantă consideră neîntemeiată contestaţia formulată, motivat de următoarele: dispoziţiile art. 69 alin. 2 din Legea nr. 101/....., obligaţia cunoaşterii legii incubând deopotrivă părţilor implicate în procedura de achiziţic publică.

Faţă de afirmaţia contestatorului că autoritatea contractantă nu informează prin comunicarea privind rezultatul procedurii de achiziţie cu privire la căile de atac potrivit legislaţiei în vigoare la momentul elaborării acesteia, autoritatea contractantă arată că, potrivit art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/....., procedurilor de atribuire în curs de desfăşurare la data intrării în vigoare a legii li se aplică legea în vigoare la data iniţierii procedurii de atribuire iar, în fişa de date a achiziţiei, la capitolul VI.4) Căi de atac, este prevăzut organismul competent pentru căile de atac, respectiv Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, precum şi termenul de exercitare a căii de atac potrivit dispoziţiilor OUG nr.34/2006, legea în vigoare la data iniţierii procedurii de atribuire a contractului. Mai mult decât atât, tot în fişa de date este prevăzut serviciul din cadrul autorităţii contractante de la care se pot obţine informaţii privind utilizarea căilor de atac în cazul în care există neclarităţi cu privire la acest aspect.

Faţă de susţinerea contestatorului că hotărârea autorităţii contractante de a declara oferta depusă în cadrul procedurii ca inacceptabilă pentru nejustificarea preţului aparent neobişnuit de scăzut, este neîntemeiată, autoritatea contractantă arată că, după derularea fazei de licitaţie electronică, pentru a justifica preţul aparent neobişnuit de scăzut, contestatorul a depus contractul de prestări servicii nr. 88/17.05..... încheiat cu SC ....SRL.

În urma solicitărilor de clarificări formulate de autoritatea contractantă, contestatorul a precizat că, în baza acestui contract, SC ....SRL va presta servicii de manoperă. Potrivit dispoziţiilor art. 202 din OUG .....4/2006, arată autoritatea contractantă a solicitat, clarificări, deoarece analizând contractul sus menţionat, comisia de evaluare a

constatat că obiectul acestuia, respectiv lucrările care vor fi executate prin mâna de lucru pusă la dispoziţie de către SC ....SRL se regăsesc în categoria lucrărilor care vor fi executate în cadrul acordului cadru care face obiectul procedurii. Astfel, contractul de prestări servicii nr.88/17.05..... încheiat între SC ....- ... SRL (achizitor) şi SC ....SRL (prestator) are obiectul prevăzut în anexa 1, acesta constând în :

- repararea suprafeţelor degradate, inclusiv plombare gropi la îmbrăcăminte bituminoasă cu emulsie cationică cu decapare manuală şi compactare cu rulou;
- desfundarea manuală a şanţurilor şi canalelor de scurgere, desfundarea şi curăţarea camerelor de cădere şi a albiei sub podeţe de potmol, buşteni etc,
- încărcarea materialelor, grupa A-grele în bulgări, prin transport până la 10 m rampă sau teren - auto categ.

Toate aceste lucrări vor fi asigurate de mâna de lucru pusă la dispoziţie de SC ....SRL. În acordul cadru care face obiectul prezentei proceduri se precizează că vor fi executate următoarele categorii de lucrări: întreţinere îmbrăcăminte asfaltică, curăţire şanţuri şi rigole, desfundări şi decolmatări podeţe camere de cădere, desfundare şi refacere şanţuri etc.

Este evident, în opinia autorităţii contractante, indiferent de denumirea contractului, că SC ....SRL are calitatea de subcontractant al SC ....- ... SRL, întrucât aceasta va executa o serie de categorii de lucrări care sunt incluse în acordul cadru având ca obiect întreţinerea curentă pe timp de vară.

Întrucât, potrivit fişei de date a achiziţiei, este subcontractare orice tip de raport juridic între ofertantul care prezintă o ofertă şi un alt operator economic, prin care acesta din urmă realizează pentru primul orice activitate (servicii sau lucrări) legată de îndeplinirea contractului de execuţie şi având în vedere că mâna de lucru pusă la dispoziţie de către SC ....SRL va executa o parte din lucrările care sunt incluse în acordul - cadru, este evident că acesta are calitatea de subcontractant. Faţă de susţinerea contestatorului că SC ....SRL va pune la dispoziţie strict serviciile de manoperă, fără alte obligaţii, autoritatea contractantă arată că, potrivit art. 4 din contractul menţionat, prestatorul are obligaţia de a presta serviciile cu profesionalism, fiind pe deplin responsabil pentru prestarea serviciilor la termenul cuvenit, precum şi de siguranţa tuturor operaţiunilor şi metodelor utilizate. Mai mult, tot în anexa nr. 1 la Contractul de prestări nr. 88/17.05..... serviciile pe care le va „presta” SC ....SRL sunt cele din capitole de lucrări în cadrul categoriilor de lucrări evidenţiate în F3, cantităţile totale fiind cantităţile maxime din acordul cadru pentru categoriile respective. Astfel, repararea suprafeţelor degradate, inclusiv plombare gropi la îmbrăcăminte bituminoasa cu emulsie calionică cu decupare manuală şi compactare cu rulou, reprezintă cap de lucrări I în cadrul categoriei de lucrări 585008 - într. îmb. asfalt - plomb. 4 cm - 1mp, iar cantitatea de 98.442 mp este

cantitatea maximă pentru categoria de lucrări respectivă, potrivit formularului evaluare lucrări de întreţinere curentă vară pe o perioadă de 36 luni.

În aceeaşi ordine de idei, şi celelalte trei servicii (desfundarea manuală a şanţurilor şi canalelor de scurgere, desfundarea şi curăţarea camerelor de cădere şi a albiei sub podeţe de potmol, buşteni etc, şi încărcarea materialelor, grupa A-grele în bulgări, prin transport până la 10 m rampă sau teren - auto categ.), reprezintă capitole în cadrul categoriei de lucrări 585128 – desfund. şi refacere şanţuri – 1 mc, iar cantitatea de 64.009 mc este cantitatea maximă solicitată pentru categoria respectivă.

Relevant pentru încadrarea juridică a contractului ca şi contract de subcontractare este şi faptul că preţurile unitare în cadrul contractului de prestări nr. 88/17.05..... sunt exprimate în lei/mp, mc sau tonă şi nu în lei / oră, astfel cum ar fi fost firesc în cazul în care obiectul contractului ar fi fost într-adevăr servicii de manoperă, închiriere forţă muncă.

Aşadar, este evident că preţurile astfel exprimate nu reflectă contravaloarea unei ore de muncă a unei persoane, ci preţul lucrării în sine, susţinerile contestatorului fiind neîntemeiate.

Autoritatea contractantă apreciază că susţinerea potrivit căreia această situaţie este similară cu cea a specialistului RTE sau a furnizorilor de materiale este nefondată. Astfel, specialistul RTE a fost declarat în cadrul documentelor de calificare, încă de la depunerea ofertei, acesta semnând o declaraţie prin care îşi arată disponibilitatea de a-şi oferi serviciile pe perioada derulării contractului de lucrări care va fi încheiat ulterior. Cum, în oferta iniţială depusă, nu a existat vreo precizare cu privire la existenţa unor subcontractanţi, depunând Formularul 21 - informaţii privind subcontractanţii completat cu menţiunea *„Nu este cazul*", este evident că ofertantul şi-a asumat integral riscul executării prin mijloace proprii a obligaţiilor contractuale.

În privinţa tarifelor orare de funcţionare ale utilajelor, comisia de evaluare a reţinut că, potrivit Anexei 1 la precontractul de închiriere nr. ...../25.02..... încheiat cu SC ....SRL, ofertantul închiriază:

- autogreder 150 cp cu 100 lei/ora fară TVA, iar în Formularul .....:
    - la categoria de lucrări 585028 tariful orar aferent acestui utilaj este 150 lei;
    - la categoria de lucrări 585038 tariful este de 400 lei;
    - la categoria de lucrări 585058 tariful este de 100 lei.
- excavator pe pneuri motor termic (buldoexcavator) 0,39 mc cu 100 lei/oră fără TVA, iar în Formularul .....:
    - la categoria de lucrări 585068 tariful orar aferent acestui utilaj este 150 lei;
    - la categoria de lucrări 585118 tariful orar aferent acestui utilaj este 150 lei;

- la categoria de lucrări 585128 tariful orar aferent acestui utilaj este 100 lei.

În ceea ce priveşte tarifele orare aferente utilajelor autogreder 150 cp şi excavator pe pneuri motor termic (buldoexcavator) 0,39 mc, comisia de evaluare a constatat că ofertantul a utilizat în Formularul ..... pentru acelaşi utilaj tarife orare diferite în cadrul unor categorii de lucrări diferite.

Ori, tariful orar de funcţionare pentru un utilaj nu poate fi diferit în cadrul categoriilor de lucrări, indiferent de utilizările acestora, susţinerile contestatorului cu privire la aceste aspecte fiind neîntemeiate.

Faptul că autoritatea contractanta nu a formulat mai multe solicitări de clarificări pentru a clarifica acest aspect, nu presupune că justificarea preţului aparent neobişnuit de scăzut ofertat este întemeiată.

Având în vedere că, în cuprinsul contestaţiei, contestatorul solicită studierea dosarului achiziţiei, prin adresa nr. 22775/..C1/....., CNSC îl invită în vederea studierii. Acesta s-a prezentat în vederea studierii în data de 27.07.....

Prin adresa nr. 1325/....., înregistrată la CNSC cu nr. 23074/....., contestatorul transmite concluzii scrise în urma studierii dosarului şi punctului de vedere al autorităţii contractante şi precizează că studiul dosarului nu a relevat date sau împrejurări noi care să prilejuiască o detaliere a argumentelor din contestaţia iniţială, dar nici punctul de vedere al autorităţii contractantenu a furnizat vreo explicaţie plauzibilă pentru modul în care a ignorat răspunsul la clarificări.

Contestatorul susţine că îşi menţine punctul de vedere exprimat prin contestaţia iniţială în sensul că autoritatea contractantă nu a informat prin comunicarea privind rezultatul procedurii cu privire la căile de atac obligatorii în conformitate cu legislaţia în vigoare la momentul emiterii comunicării.

Prin punctul de vedere exprimat, autoritatea contractantă a realizat o analiză a succesiunii în timp a actelor normative în materia achiziţiilor publice, fără a explica în mod concret motivul pentru care nu a făcut referire la prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/..... În plus, autoritatea contractantă a arătat că ofertantul contestator a urmat oricum dispoziţiile Legii nr. 101/..... şi a formulat notificarea prevăzuta de art. 6 alin.(1), astfel că nu ar exista nicio vătămare. Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 207 alin. (2) lit. f) din OUG nr.34/2007, iar împrejurarea că el a urmat calea impusă de art. 6 alin.(1) din Legea nr. 101/..... nu este de natură să înlăture nulitatea comunicării privind rezultatul procedurii, această omisiune producându-i un prejudiciu.

Contestatorul subliniază că ....SRL nu a avut şi nu are calitatea de subcontractant, şi, de asemenea, calitatea acestuia nu are nicio legătură cu justificarea preţului ofertat, astfel că decizia autorităţii contractante de a respinge oferta sub acest motiv este dintr-un început nelegală şi

netemeinică, deoarece, nu a stabilit inexistenţa sau nerealitatea preţurilor din ofertele prezentate.
Contestatorul afirmă că, SC ....SRL are calitatea de furnizor conform contractului de prestări servicii nr. 88/17.05....., punând la dispoziţie servicii de manoperă, lucru explicat clar de el în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 7755/09.06....., dar şi într+un răspuns anterior nr. 952/31.05.....

Fără a face abstracţie de împrejurarea că, potrivit Codului Civil, părţile au libertatea de a alege natura juridică a contractului pe care doresc să-l încheie iar, în prezenta situaţie, s-a ales cu SC ....SRL să se încheie un contract de prestări servicii, iar nu un contract de subantrepriză, contestatorul arată că, însăşi autoritatea contractantă a considerat prin procesul-verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor, raportul procedurii, comunicarea privind rezultatul procedurii, răspunsul la notificarea, precum şi prin punctul de vedere transmis Consiliului, că ....SRL urma să puna la dispoziţie manopera pentru executarea lucrărilor ce intrau sub incidenţa contractului de achiziţie publică de lucrări.

Această împrejurare este extrem de importantă, în opinia contestatorului, pentru a defini raporturile juridice dintre el şi furnizorul ....SRL, iar efectul cel mai important este că, în baza contractului, ...SRL nu poartă nicio răspundere, nici faţă de el şi nici faţă de autoritatea contractantă, cu privire la activităţile prestate de salariaţii săi în beneficiul contestatorului.

Atât timp cât ....SRL şi-a asumat prin contractul de prestări servicii numai obligaţia de a furniza manopera, iar nu să presteze anumite activităţi, este evident faptul că salariaţii săi urmau să presteze munca pentru el întocmai ca propriii lui angajaţi, consecinţa fiind că numai contestatorul urma să poarte răspunderea pentru corectitudinea lucrărilor şi pentru garanţia acestor lucrări. În acest tip de contract furnizorul manoperei nu întocmeşte situaţii de lucrări pentru lucrările în sine şi nu emite facturi pentru lucrările efectuate, ci pentru orele de muncă prestate de salariaţii furnizorului.

Răspunderea pentru lucrările efectuate, inclusiv în ceea ce priveşte garanţia pentru lucrările executate, reprezintă cheia naturii juridice a raporturilor dintre contestator şi furnizorul ....SRL, iar faptul că răspunderea pentru lucrări revine exclusiv contestatorului conduce la concluzia că ....SRL a avut şi are în continuare numai calitatea de furnizor, iar nu de subantreprenor.

Autoritatea contractanta a realizat o analiză comparativă a obiectului contractului de lucrări ce formează obiectul procedurii de achiziţie publică şi obiectul contractului încheiat cu ....SRL, însă a omis tocmai aspectul cel mai important: furnizorul s-a obligat să pună la dispoziţie manopera, iar nu să execute lucrări în numele său şi răspunderea sa, ceea ce aruncă întreaga răspundere pentru lucrările efectuate contestatorului.

În ceea ce priveşte preţurile ofertate pentru autogreder 150 CP şi excavator pe pneuri motor termic 0,39 mc utilizate în formularul CS sunt superioare celor din ofertele depuse de furnizori. Contestatorul susţine din nou că, autoritatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare în această privinţă iar, potrivit HG nr. 925/2006, interpretat în lumina practicii constante a CNSC şi a instanţelor judecătoreşti în materie, autoritatea contractantă nu poate lua decizii cu privire la conformitatea sau caracterul acceptabil al ofertelor înainte de a solicita ofertantului clarificările necesare.

Contestatorul consideră cel mai important aspect că preţurile ofertate sunt mai mari decât preţurile furnizorilor, ceea ce exclude din start orice discuţie cu privire la nejustificarea preţului aparent neobişnuit de scăzut.

De altfel, arată contestatorul, însăşi autoritatea contractantă recunoaşte prin punctul său de vedere că preţurile diferite priveau lucrări distincte din documentaţia de atribuire şi le enumeră. Contestatorul consideră că rostul reglementărilor cuprinse în legislaţia din materia achiziţiilor publice cu privire la justificarea preţului aparent neobişnuit de scăzut este de a garanta că ofertantul poate executa lucrarea la preţul ofertat, fără a pierde din activitatea prestată şi fără a exista riscul că, la un moment dat nu mai poate continua lucrările din pricina pierderilor suferite.

Având în vedere susţinerile şi documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte" offline, cu etapă finală de licitaţie electronică, în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: ....., cod CPV 45233141-9, elaborând, în acest sens, documentaţia aferentă şi publicând, în SEAP, invitaţia de participare nr. ...../....., conform căreia valoarea estimată este de 14.456.619,27 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire ales este „preţul cel mai scăzut".

Potrivit procesului-verbal .....084/..... al şedinţei de deschidere a ofertelor, până la termenul limită au depus ofertă un număr de 4 operatori economici. În urma evaluării ofertelor, comisia de evaluare a anulat procedura de atribuire motivat de faptul că au fost depuse numai oferte inacceptabile şi/sau neconforme, aspecte consemnate în raportul procedurii nr. 9077/.....

Ulterior evaluării ofertelor şi comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, SC .....SRL a depus la Consiliu contestaţia de faţă.

Analizând criticile formulate de SC .....SRL, Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat oferta sa.

Având a verifica temeinicia motivului care a stat la baza deciziei de declarare respingere a ofertei depusă de SC .....SRL, Consiliul constată următoarele:

Din fişa de date a achiziţiei, parte a documentaţiei de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziţie publică în discuţie, Consiliul reţine că la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică si/sau profesională secţiunea referitoare la *„Informaţii privind subcontractarea: În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contractul respective, ofertantul are obligaţia de a preciza partea/părţile din contract pe care urmează să le subcontracteze, procentul pe care îl realizează precum şi datele de recunoaştere ale subcontractanţilor propusi. Se* ***consideră subcontractare orice tip de raport juridic între ofertantul care prezintă o oferta individuală sau comună, pe de o parte, şi un alt operator economic ori un profesionist, în înţelesul Codului Civil, pe de altă parte, prin care acesta din urmă realizează pentru primul orice activitate (servicii sau lucrări) legate de îndeplinirea contractului de execuţie care va fi încheiat prin finalizarea procedurii de atribuire****. Nu sunt subcontractanţi terţii sustinatori ai ofertantului. Cerinţele privind resursele materiale şi umane vor putea fi luate în considerare în etapa de evaluare pentru demonstrarea de către ofertant a îndeplinirii cerinţei, numai pentru partea de implicare a subcontractantului în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă se prezintă documente relevante în acest sens. Astfel, dotarea tehnica prezentată de subcontractant se la lua în calcul la verificarea dotării necesare ofertantului, numai dacă subcontractantul îndeplineşte partea din contract pentru care este prezentată dotarea de către acesta. Autoritatea contractantă va solicita, pentru încheierea contractului de achiziţie publică, prezentarea contractelor încheiate între viitorul contractant şi subcontractanţii nominalizaţi în oferta, dacă este cazul. Contractele prezentate trebuie să fie în concordanţă cu oferta şi se vor constitui în anexe la contractul de achiziţie publică. Răspunderea contractului în ceea ce priveşte modul de îndeplinire a contractului de achiziţie publică nu este diminuată în cazul în care o parte/părţi din contract sunt îndeplinite de subcontractanţi."*

Cunoscând aceste aspecte, SC .....SRL a ales, prin propria manifestare de voinţă, să depună ofertă independentă (astfel cum rezultă din certificatul de participare ştampilat şi semnat olograf de către administrator – fila 009 din cadrul dosarului aferent documentelor de calificare depuse de SC .....SRL) şi în nume propriu (astfel cum rezultă din declaraţia privind calitatea de participant la procedură ştampilat şi semnat olograf de către administrator – fila 010 din cadrul dosarului aferent documentelor de calificare depuse de SC .....SRL); pentru susţinerea tehnică a depus angajamentul ferm dat de SC Ghecon Construct SRL (astfel cum rezultă din declaraţia şi angajamentul privind susţinerea tehnică ştampilate şi semnate olograf de către administratorul SC Ghecon Construct SRL – filele 081 şi 084 din cadrul dosarului aferent documentelor de calificare depuse de SC .....SRL); iar în cadrul declaraţiei privind subcontractanţii – formularul 21 SC .....SRL a

precizat că *„nu este cazul*” – (astfel cum rezultă din formularul 21 ştampilat şi semnat olograf de către administrator – fila 211 din cadrul dosarului aferent documentelor de calificare depuse de SC .....SRL).

Rezultă astfel fără putinţă de tăgadă faptul că, potrivit documentelor depuse de SC .....SRL, ofertantul în cauză nu are subcontractanţi (potrivit Formularului 21).

Conform legislaţiei în vigoare privind achiziţiile publice, ofertantul poate participa la procedura pentru atribuirea unui contract de lucrări, în nume propriu, se poate asocia, poate subcontracta şi poate beneficia de susţinerea unui terţ. În oferta iniţială, ofertantul contestator, în cadrul documentelor de calificare, nu a declarat asociaţi şi nici subcontractanţi însă beneficiază de susţinere din partea unui terţ privind capacitatea tehnică.

Urmare a derulării etapei suplimentare de licitaţie electronică, SC .....SRL şi-a îmbunătăţit preţul de la suma de 13.555.829,78 lei la suma de .....328.514,9 lei reprezentând 78,36% din valoarea estimată, astfel cum rezultă din procesul verbal al şedinţei de evaluare a ofertelor nr. 4 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 6802/....., sens în care, prin adresa nr. 6803/....., autoritatea contractantă a solicitat contestatorului justificarea preţului aparent neobişnuit de scăzut.

Ca răspuns la solicitarea autorităţii contractante, contestatorul depune adresa nr. 912/..... înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 6803/..... în cadrul căreia, cu privire la justificarea preţului aparent neobişnuit de scăzut, transmite documente privind preţurile de la furnizori cum ar fi spre exemplificare anexa la precontractul de închiriere nr. ...../25.02..... încheiat cu SC ....SRL, contractul de prestări servicii nr. 88/17.05..... încheiat cu SC ....SRL iar, cu privire la nivelul de salarizare a forţei de muncă precizează următoarele: „referitor la nivelul de salarizare a forţei de muncă vă comunicăm că personalul muncitor SC .....SRL beneficiază de un salariu de încadrare lunar minim de 1.175 lei (…) tariful orar utilizat la întocmirea ofertei este de 7,40 lei/oră, superior celui utilizat în SC .....SRL”.

Procedând la verificarea şi analizarea înscrisurilor depuse de către contestator urmare a solicitării de justificare a preţului aparent neobişnuit de scăzut, autoritatea contractantă în mod corect şi legal a reţinut în cadrul procesului verbal al şedinţei de evaluare a ofertelor nr. ..... înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7157/26.05..... faptul că „formularul C7 (lista consumurilor cu mâna de lucru, cu noile preţuri). În urma verificării informaţiilor cuprinse în acest formular membrii comisiei de evaluare a ofertelor cu specializare tehnică au constatat următoarele:

- *La poziţia 35 cod 0012800 pavator – ofertantul a aplicat un discount comercial de 79,64%, conform ofertă prestator ataşată;*
- *La poziţia 36 cod 0012811 pavator ..... – ofertantul a aplicat un discount comercial de 23,09%, conform ofertă prestator ataşată;*

- *La poziţia 58 cod 0319731 muncitor inc/desc. Mat.s1 – ofertantul a aplicat un discount comercial de 56,38%, conform ofertă prestator ataşată; comisia de evaluare nu a regăsit documente din care să reiasă modul cum a fost acordat discountul şi nici oferta prestatorului astfel cum a menţionat. Mai mult aplicând discountul menţionat membrii comisiei de evaluare au constatat că acesta a fost calculat greşit (…) Comisia de evaluare va solicita clarificarea celor constatate, precum şi dovada respectării dispoziţiilor HG nr. 1017/2015 (…) în urma aplicării discountului (…) Având în vedere obiectul contractului nr. 88/17.05..... de servicii (…) precum şi faptul că în cadrul documentelor de calificare a depus la pag. 211 formularul 21 Declaraţia privind subcontractarea completată „nu este cazul" comisia de evaluare va solicita clarificarea celor constatate", sens în care a transmis contestatorului adresa nr. 7158/26.05....., la care acesta răspunde prin adresa nr. 952/ 31.05..... înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 7158/ 31.05..... precizând că discountul a fost acordat în baza contractului de prestări servicii nr. 88/17.05..... încheiat cu SC ....SRL, contestatorul menţionând că acest operator economic nu are calitate de subcontractant ci de furnizor punând la dispoziţia sa în calitate de contractant servicii constând în prestare de manoperă.*

Ulterior primirii celui de al doilea răspuns, autoritatea contractantă încheie procesul verbal al şedinţei de evaluare a ofertelor nr. 6 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7754/09.06....., solicitând prin adresa nr. 7755/09.06..... contestatorului să „precizeze cum respectă dispoziţiile secţiunii III.2.3 a fişei de date a achiziţiei – informaţii privind subcontractarea", acesta alegând să răspundă prin adresa nr. 1018/..... înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 7755/.....

Analizând înscrisurile depuse la dosar Consiliul reţine următoarele aspecte:

- Contestatorul la data depunerii ofertei a ales să nu subcontracteze nicio parte din lucrare;
- Ulterior depunerii ofertei, respectiv la data de 17.05....., contestatorul alege să încheie un contract prin care SC ....SRL la art. 2.1. „se obligă să presteze servicii conform anexei 1, pe toată perioada contractului încheiat între achizitor (n.n. SC .....SRL) şi autoritatea contractantă în conformitate cu obligaţiile asumate prin prezentul contract" prestatorul SC ....SRL având „obligaţia de a presta serviciile prevăzute în contract cu profesionalism şi promptitudinea cuvenite angajamentului asumat; prestatorul este pe deplin responsabil pentru prestarea serviciilor la termenul convenit. Totodată este răspunzător de siguranţa tuturor operaţiunilor şi metodelor de prestare utilizate";
- Anexa nr. 1 la acest contract cuprinde „repararea suprafeţelor degradate inclusiv plombare gropi la îmbrăcăminte bituminoasă cu emulsie cationică cu decapare manuală şi compactare cu rulou; desfundare manuală a şanţurilor şi canalelor de scurgere,

desfundarea şu curăţarea camerelor de cădere şi a albiei sub podeţe de potmol, buşteni; încărcarea materialelor, grupa A – grele în bulgări, prin transport până la 10 m rampa sau teren – auto categ." indicând cantităţile necesare autorităţii contractante .....

Faţă de toate înscrisurile mai sus reţinute, Consiliul constată netemeinicia susţinerilor contestatorului, conform cărora *„contractul încheiat cu SC ....SRL nu este unul de subcontractare ci de furnizare, punând la dispoziţia sa servicii de manoperă"*, din următoarele considerente:

- având în vedere obiectul contractului nr. 88/17.05..... încheiat ulterior depunerii ofertelor, pentru a justifica în mod nelegal îmbunătăţirea preţului urmare a licitaţiei electronice şi obligaţiile cotnractuale asumate de SC ....SRL;

- prin fişa de date a achiziţiei autoritatea contractantă a definit noţiunea de subcontractare ca fiind ***„orice tip de raport juridic între ofertantul care prezintă o oferta individuală sau comună, pe de o parte, şi un alt operator economic ori un profesionist, în înţelesul Codului Civil, pe de altă parte, prin care acesta din urmă realizează pentru primul orice activitate (servicii sau lucrări) legate de îndeplinirea contractului de execuţie care va fi încheiat prin finalizarea procedurii de atribuire"***;

- potrivit art. ..... din OUG .....4/2006 (act normativ în vigoare la momentul iniţierii procedurii de atribuire) coroborat cu art. 3 lit. q) din acelaşi act normativ, orice operator economic are dreptul de a participa la o procedură, adică de a depune ofertă fie individual fie într-un grup de operatori economici;

- cu privire la justificarea preţului ofertat urmare a derulării licitaţiei electronice, contestatorul a ales să depună contractul de prestări servicii nr. 88/17.05....., contract comercial încheiat între ofertantul SC .....SRL şi un terţ. Analizând conţinutul acestui contract şi anexa acestuia rezultă fără putinţă de tăgadă faptul că în cadrul acestei proceduri, cele patru tipuri de servicii, prestate de SC ....SRL, reprezintă o parte din necesităţile autorităţii contractante expres detaliate în cadrul documentaţiei de atribuire, care nu vor fi îndeplinite de către ofertantul SC .....SRL ci de către un terţ, care nu are nicio calitate în cadrul acestei proceduri (nici de asociat, nici de subcontractant) şi nu îşi asumă nicio responsabilitate faţă de autoritatea contractantă şi nu acordă acesteia nicio garanţie autorităţii contractante însă în cadrul contractului încheiat între SC .....SRL şi SC ....SRL îşi asumă pe deplin responsabilitatea îndeplinirii acestor obligaţii.

În aceste condiţii, autoritatea contractantă în mod legal şi corect nu a luat în considere acest contract comercial, încheiat cu un terţ, ca fiind o justificare pertinentă a preţului aparent neobişnuit de scăzut ofertat de SC .....SRL.

Dacă ofertantul SC .....SRL nu dorea să îndeplinească el însuşi aceste 4 categorii de activităţi, putea uza de prevederile legale în domeniu,

respectiv de dispoziţiile art. 45 din OUG .....4/2006 care dispune în mod expres şi imperativ faptul că ofertantul, fără a i se diminua răspunderea, poate include în ofertă posibilitatea de a subcontracta, sau de prevederile art. 44 din acelaşi act normativ care dispune posibilitatea de a se asocia cu scopul de a depune o ofertă comună, pentru fiecare situaţie, legiuitorul stabilind anumite condiţii

Un terţ nu poate executa în mod direct parte din contract, mai mult, în cadrul unei proceduri nu se poate „*masca*" calitatea de ofertant asociat/subcontractant prin încheierea unui contract comercial de prestări servicii.

Acest contract de prestări servicii depus la dosar, încheiat între ofertantul SC .....SRL şi terţul SC ....SRL nu poate fi asimilat nici unui contract/acord/angajament de punere la dispoziţie a personalului prestatorului SC ....SRL pentru efectuarea serviciilor indicate în anexa la contract având în vedere următoarele considerente:

- potrivit art. 1 din Codul Muncii, raporturile individuale şi colective de muncă sunt reglementate de dispoziţiile acestui cod;
- ţinând cont de faptul că obiectul contractului de prestări servicii nr. 88/17.05..... încheiat între SC .....SRL şi SC ....SRL, îl reprezintă „se obligă să presteze servicii conform anexei 1, pe toată perioada contractului încheiat între achizitor (n.n. SC .....SRL) şi autoritatea contractantă în conformitate cu obligaţiile asumate prin prezentul contract" prestatorul SC ....SRL având „obligaţia de a presta serviciile prevăzute în contract cu profesionalism şi promptitudinea cuvenite angajamentului asumat; prestatorul este pe deplin responsabil pentru prestarea serviciilor la termenul convenit. Totodată este răspunzător de siguranţa tuturor operaţiunilor şi metodelor de prestare utilizate" astfel că nu rezultă că persoanele/angajaţii din cadrul SC ....SRL urmează să desfăşoare raporturi de muncă pentru ofertantul SC .....SRL;

* mai mult, potrivit prevederilor art. 10 din Codul Muncii care dispune că: „*contractul individual de muncă este contractul în temeiul căruia o persoană fizică, denumită salariat, se obligă să presteze munca pentru şi sub autoritatea unui angajator, persoană fizică sau juridică, în schimbul unei remuneraţii denumite salariu*",
* acest contract de prestări servicii a fost încheiat între două persoane juridice şi nu între o persoană juridică în calitate de angajator şi o persoană fizică – salariat astfel încât acest contract să îmbrace forma unui contract individual de muncă.

De asemenea acest contract de prestări servicii nu poate fi asimilat nici unui contract de muncă temporar cu un agent de muncă temporară, conform art. 88 şi următoarele din Codul Muncii. Deoarece prin dispoziţiile art. 88 din Codul Muncii, se delimitează noţiunea de agent de muncă temporară, salariat temporar şi utilizator ca părţi ale unei relaţii triunghiulare bazate pe două tipuri de contracte: unul de natură comercială încheiat între utilizator şi agentul de muncă temporară şi unul de muncă încheiat de acesta din urmă cu salariatul temporar, în vederea

punerii la dispoziţia utilizatorului a salariatului temporar pe durata unei misiuni temporare. Munca prin agent de muncă temporară este munca prestată de un salariat temporar care a încheiat un contract de muncă temporară cu un agent de muncă temporară şi care este pus la dispoziţia utilizatorului pentru a lucra temporar sub supravegherea şi conducerea acestuia din urmă. Salariatul temporar este persoana care a încheiat un contract de muncă temporară cu un agent de muncă temporară, în vederea punerii sale la dispoziţia unui utilizator pentru a lucra temporar sub supravegherea şi conducerea acestuia din urmă. Agentul de muncă temporară este persoana juridică, autorizată de Ministerul Muncii, Familiei şi Protecţiei Sociale, care încheie contracte de muncă temporară cu salariaţi temporari, pentru a-i pune la dispoziţia utilizatorului, pentru a lucra pe perioada stabilită de contractul de punere la dispoziţie sub supravegherea şi conducerea acestuia. Utilizatorul este persoana fizică sau juridică pentru care şi sub supravegherea şi conducerea căreia munceşte temporar un salariat temporar pus la dispoziţie de agentul de muncă temporară. Misiunea de muncă temporară înseamnă acea perioadă în care salariatul temporar este pus la dispoziţia utilizatorului pentru a lucra temporar sub supravegherea şi conducerea acestuia, pentru executarea unei sarcini precise şi cu caracter temporar.

Analizând conţinutul contractului depus, rezultă fără putinţă de tăgadă faptul că nu sunt îndeplinite condiţiile antemenţionate.

Ţinând cont de aceste aspecte, Consiliul nu poate reţine faptul că SC .....SRL ar fi făcut dovada sustenabilităţii preţului ofertat, atâta vreme cât aşa cum a fost mai sus reţinut, examinând documentele transmise de autoritatea contractantă şi aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul constată că SC .....SRL, participă la procedura de atribuire în cauză în nume propriu.

În considerarea tuturor aspectelor mai sus evocate, Consiliul apreciază că în mod corect autoritatea contractantă a respins oferta depusă de către SC .....SRL.

Ca urmare a celor evocate se constată că evaluarea ofertei depusă de SC .....SRL s-a realizat cu respectarea dispoziţiilor legale în vigoare şi, pe cale de consecinţă, solicitarea contestatorului privind reanalizarea ofertelor este neîntemeiată, Consiliul urmând să o respingă ca nefondată.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC .....SRL în contradictoriu cu ..... şi pe cale de consecinţă va menţine decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părţi,
CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC .....SRL în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

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

Complet de soluţionare a contestaţiilor în domeniul achiziţiilor publice:

Consilier de soluţionare	PREŞEDINTE	Consilier de soluţionare
.....	.....	.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conţine 17 (şaptesprezece) pagini.