# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România**
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro


**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 nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în satul … ....., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul avocat …., cu adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură în …., privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de reparații curente la etajul II, coada Y, Spitalul Clinic Județean de Urgență ....., cod CPV 45453000-7, cu data-limită de depunere a ofertelor 24.07....., organizată de ....., cu sediul în ....., ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

La 04.12....., SC ..... SRL, cu sediul în ....., ....., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - administrator, a înaintat Consiliului cererea de intervenție voluntară principală și, în subsidiar, accesorie nr. 1575/ 04.12....., prin care solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei asocierii sale cu SC ...SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că oferta i-a fost respinsă întrucât SC ... SRL nu a fost declarată drept asociat/subcontractant/terț – a fost introdus un operator economic care nu a fost evaluat în privința îndeplinirii cerințelor de calificare asumate prin DUAE și a celor privind conflictul de interese.

Contestatoarea afirmă că nu avea obligația de a declara subcontractantul în DUAE, ținând seama de:

- valoarea redusă a părții pe care acesta o are de executat;
- propunerea financiară nu se modifică;
- partea pe care subcontractantul o execută nu are importanță majoră pentru întreaga lucrare.

Admiterea unui nou subcontractant nu aduce niciun dezavantaj celorlalți operatori economici și nici nu încalcă prevederile documentației de atribuire, având în vedere că autoritatea contractantă poate solicita documente referitoare la situația economică a subcontractantului.

În punctul său de vedere nr. 24586/28.11..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 50963/28.11....., autoritatea contractantă susține în apărare că, după evaluarea propunerii tehnice a asocierii SC ..... SRL - SC ...SRL, i-a solicitat clarificări, iar în urma analizării răspunsului, a declarat neconformă oferta, potrivit art. 134 alin. (6) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016.

Comisia de evaluare a solicitat asocierii, între altele: *„Vă solicităm să precizați cine va presta categoria de lucrări «Instalații electrice» și ce autorizație deține operatorul economic autorizat/ personalul autorizat în vederea prestării activităților de proiectare și execuție aferente categoriei de lucrări (grad de complexitate - lucrări instalații electrice de interior) descrise in caietul de sarcini. Pentru demonstrarea cerinței solicităm și copie de pe atestat/ legitimație - după caz*."

Asocierea a răspuns: „Categoria de lucrări «Instalații electrice» va fi prestată de societatea SC ... SRL, cu sediul în ....., ……, în baza Atestatului nr. 10228/18-07-2014, valabil până la 18.07.2019 (anexat). De asemenea, anexam și declarația de disponibilitate din partea operatorului economic."

SC ... SRL nu apare declarată de către asociere în cadrul DUAE ca având calitate de asociat/subcontractant/terț. Asocierea a schimbat oferta, introducând pe perioada evaluării un operator economic care nu a fost evaluat în privința îndeplinirii cerințelor de

calificare asumate prin DUAE, a cerințelor privind conflictul de interese prevăzute în declarația privind conflictul de interese și a asumării responsabilităților izvorâte din acordul de asociere/acordul de subcontractare/angajamentul de terț susținător tehnic după caz.

Comisia de evaluare a comunicat asocierii, în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă, și următoarele motive de care a ținut seama la adoptarea deciziei de respingere a ofertei:

- în vederea respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a solicitat tuturor ofertanților clarificări cu privire la modul de prezentare a propunerii tehnice, analizându-se în detaliu corespondența dintre cerințele caietului de sarcini și specificațiile tehnice prezentate de ofertanți;

- cerințele solicitate prin caietul de sarcini sunt obligatorii, iar ofertantul are obligația să le răspundă punctual, răspuns ce face parte integrantă din propunerea tehnică. De asemenea, potrivit art. 3 alin. (1) lit. hh), oferta reprezintă actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire;

- autoritatea contractantă nu își asumă răspunderea să declare admisibilă o ofertă care nu răspunde cerințelor solicitate prin documentația de atribuire, respectiv nu îndeplinește cerința din fișa de date a achiziției, secțiunea „Condiții de participare”, subsecțiunea „Situația personală a candidatului sau ofertantului”:

Motive de excludere

Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Modalitatea de îndeplinire și aplicabilitatea în cadrul procedurii:

Ofertantul unic/Ofertantul asociat/SubcontractantuI/Terțul susținător vor completa și prezenta DUAE cu informațiile aferente situației lor, document care se va semna cu semnătură electronică extinsă și se va încărca alături de celelalte documente ale ofertei în SEAP.

Evitarea conflictului de interese

Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător trebuie să nu fie într-o situație de conflict de interese și/sau concurență neloială, respectiv situațiile prevăzute la art. 59 și 60 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Modalitatea de îndeplinire și aplicabilitatea în cadrul procedurii:

Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător, va prezenta odată cu DUAE și Declarația cu privire la conflictul de interese în conformitate cu prevederile art. 60 alin. (1) lit. a), d) și e) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Odată cu DUAE se vor depune și următoarele documente: angajamentul ferm ai terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, acordul de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.

Notă: Dacă ofertantul utilizează capacitățile altor entități, se va prezenta un formular DUAE separat care să cuprindă informațiile solicitate în secțiunea A și B din această parte și din partea III pentru fiecare dintre entitățile în cauză, completat și semnat în mod corespunzător pentru entitatea în cauză, completat și semnat în mod

corespunzător de entitățile în cauză. Vă atragem atenția asupra faptului că trebuie incluși, de asemenea, tehnicienii sau organismele tehnice implicate, indiferent dacă fac sau nu parte din întreprinderea operatorului economic, în special cei care răspund de controlul calității și, în cazul contractelor de achiziție publică de lucrări/ servicii, tehnicienii sau organismele tehnice la care poate face apel operatorul economic în vederea executării lucrărilor/prestării serviciilor.

În măsura în care este relevant pentru capacitatea (capacitățile) specifică (specifice) utilizată (utilizate) de operatorul economic, vă rugăm să includeți informațiile prevăzute în părțile IV si V din DUAE pentru fiecare dintre entitățile în cauză.

Lucrările de instalații electrice au importanță majoră, deoarece executarea unor lucrări de proiectare și execuție de proastă calitate în cadrul Spitalului de Urgență ..... ar putea determina un dezastru din cauza unui scurtcircuit sau incendiu. Importanța lucrărilor nu este dată doar de valoarea acestora, ci și de efectele/ rezultatele pe care le are în vederea îndeplinirii obiectului contractului de lucrări și, implicit, de prevederile Legii nr. 10/1995, în ceea ce privește calitatea lucrărilor executate cu personal calificat.

Eventualele neclarități referitoare la subcontractanți puteau fi lămurite anterior. Obligația declarării subcontractantului și depunerii de către ofertant a unui DUAE pentru acesta este în conformitate cu art. 55 din Legea nr. 98/2016 și art. 104 alin. (3) și art. 123 alin. (2) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, iar introducerea unui subcontractant în perioada evaluării ofertelor ar încălca principiile tratamentului egal și transparenței.

Asocierea avea obligația de a cunoaște prevederile legislației în domeniul achizițiilor publice și să îndeplinească cerințele din documentația de atribuire, dacă urma să apeleze la capacitățile altor entități pentru îndeplinirea lor, în speță pentru executarea părților din contract. Dacă urma să apeleze la un subcontractant pentru execuția lucrărilor de instalații electrice, acesta avea obligația să prezinte un DUAE pentru subcontractant, completat cu informațiile specifice implicării subcontractantului în cadrul derulării contractului.

Asocierea admite un subcontractant în perioada evaluării ofertelor, însă consideră că această admitere nu îi dezavantajează pe ceilalți ofertanți. Dacă s-ar accepta aceasta completare, s-ar încălca principiile legislației în domeniul achizițiilor publice.

Pe cale de consecință, autoritatea achizitoare solicită Consiliului să respingă contestația.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 52057/06.12....., SC ..... SRL a solicitat respingerea contestației SC ..... SRL, arătând că, prin răspunsurile de clarificare, ofertanții nu pot „suplimenta” propunerile tehnice, prin introducerea în procedura de atribuire a unor înscrisuri și subiecți noi, în speță un nou subcontractant, întrucât acest aspect contravine principiilor directoare stabilite la art. 2 din Legea nr. 98/2016. Corelativ, autoritatea contractantă nu are dreptul să

permită ofertanților ca, prin răspunsurile transmise, să modifice documentele depuse inițial la licitație, ci numai să aducă clarificări la documentele prezentate, întrucât s-ar crea în mod vădit un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Cea de a doua eroare în care se află contestatoarea este generată de împrejurarea că, independent de faptul că valoarea obiectului pe care subcontractantul îl are de executat este redusă, neavând o importanță pentru întreaga lucrare și că propunerea financiară nu se modifică prin introducerea noului subcontractant, în sensul că acesta este unul dintre „subcontractanții obișnuiți", în speță suntem sub incidența art. 170 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016. Obligația de completare a declarației pe proprie răspundere este întemeiată pe prevederile art. 193-195 din lege.

Prin neprezentarea DUAE pentru subcontractantul propus, contestatoarea nu a îndeplinit cerința minimă de calificare.

Față de cele învederate, SC ..... SRL solicită Consiliului încuviințarea în principiu a cererii sale de intervenție voluntară principală, având în vedere că există un drept propriu apărat, și admiterea acesteia. În subsidiar, se solicită admiterea cererii ca intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante, cu respingerea contestației, ca nefondată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare simplificat nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de lucrări de reparații curente la spațiile Spitalului Clinic Județean de Urgență ....., lucrări estimate valoric la 557.507,67 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură au fost depuse zece oferte, între care și aceea a asocierii SC ..... SRL - SC ...SRL, care a fost respinsă de autoritate ca neconformă, în temeiul art. 134 alin. (6) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de

lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP la 20.07....., nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/ 2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel ....., Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate,

astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării tehnice a ofertelor a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal nr. 22787/ 07.11....., ..... comunicat competitorilor la 08.11..... La 13.11....., SC ..... SRL s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 152/13.11....., transmisă atât prin fax, iar ..... i-a răspuns cu adresa nr. 23400/14.11....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., luni, în interiorul termenului legal de contestare, calculat conform art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 (Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.).

În speță, niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește că viitoarele lucrări, supuse achiziției pendinte, au și o componentă de reparații curente la instalați electrice, după cum este indicat chiar în fișa de date și dezvoltat de autoritatea beneficiară în cuprinsul caietului de sarcini. De altminteri, în propria propunere tehnică, asocierea a inclus, în secțiunea „Descrierea tehnologiei”, un capitol intitulat „Instalații electrice”. Sesizând că niciunul dintre asociați nu a specificat cine va executa lucrările la aceste instalații și dacă este autorizat legal în acest sens, comisia de evaluare a solicitat

ofertantului, cu adresa nr. 19582/04.10....., să precizeze „cine va presta categoria de lucrări «Instalații electrice» și ce autorizație deține operatorul economic autorizat/personalul autorizat în vederea prestării activităților de proiectare și execuție aferente categoriei de lucrări (grad de complexitate - lucrări instalații electrice de interior) descrise in caietul de sarcini”. Asocierea a răspuns, cu adresa nr. 148/11.10.....: „Categoria de lucrări «Instalații electrice» va fi prestată de societatea SC ... SRL, cu sediul în …, în baza Atestatului nr. 10228/18-07-2014, valabil până la 18.07.2019 (anexat). De asemenea, anexam și declarația de disponibilitate din partea operatorului economic.”

Asocierea nu a contestat solicitarea comisiei de evaluare nr. 19582/04.10....., ci a ales să se conformeze acesteia.

În sensul că subcontractanții trebuie menționați în ofertă, respectiv că nu poate fi acceptată menționarea lor ulterioară depunerii ofertei, există o practică statornică a instanțelor de judecată în materia achizițiilor publice:

– deciziile nr. 1 din 14 ianuarie 2013 și nr. 5200 din 23 iunie 2014, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 293 din 1 februarie 2010, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 5654 din 16 mai 2013, Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. 8066 din 18 decembrie 2014 și nr. 758 din 15 martie ..... (dreptul de a subcontracta poate fi exercitat de către ofertant, însă această opțiune trebuie să se regăsească în conținutul ofertei, unde trebuie indicați subcontractanții), Curtea de Apel ....., Secția contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 3166/R-CONT din 16 iulie 2014 (nominalizare în ofertă a mai multor subcontractanți, dintre care ofertantul urmează să selecteze o parte, dacă oferta sa va fi declarată câștigătoare. Respingere legală a ofertei), Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Actuala legislație obligă autoritatea să solicite ofertantului/ candidatului să precizeze în ofertă partea din contract pe care urmează să o subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși.

Conform Codului civil, art. 1769 și 1770, furnizorul poate subcontracta furnizarea bunurilor sau serviciilor către o terță persoană, cu excepția cazurilor în care contractul are un caracter strict personal sau natura contractului nu permite. Există subcontractare ori de câte ori produsul sau serviciul care face obiectul contractului de furnizare este în fapt furnizat, în tot sau în parte, de către un terț cu care furnizorul a subcontractat în acest

scop. Executarea contractului de furnizare rămâne sub supravegherea furnizorului și acesta răspunde față de beneficiar pentru calitatea produselor și a serviciilor furnizate de terțul subcontractant, având însă drept de regres împotriva acestuia.

Art. 1852 din același cod dispune că, prin contractul de subantrepriză, antreprenorul poate încredința unuia sau mai multor subantreprenori executarea unor părți ori elemente ale lucrării sau serviciilor, afară de cazul în care contractul de antrepriză a fost încheiat în considerarea persoanei sale. În raporturile cu beneficiarul, antreprenorul răspunde pentru fapta subantreprenorului la fel ca pentru propria sa faptă. Subantrepriza este supusă dispozițiilor prevăzute pentru contractul de antrepriză.

În decizia sa nr. 1046 din 26 mai 2015, Curtea de Apel Bacău, Secția a II a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a arătat, între altele: *„Atunci când pentru o parte din lucrarea pentru care se depune oferta participantul știe de la bun început că nu o poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, acesta este obligat să arate partea din lucrare ce urmează să fie executată de subcontractant. De asemenea, din interpretarea sistematică a ordonanței se desprinde concluzia că subcontractarea este admisibilă și va fi determinată pe cauze obiective, cum ar fi gradul crescut de specializare pentru o anumită lucrare și pentru care ofertantul nu dispune de experiența și/sau de dotarea necesară*."

Facem trimitere și la concluziile prezentate la 24 noiembrie 2016 de avocatul general Michal Bobek în cauza C-387/14, Esaprojekt Sp. z o.o. împotriva Województwo Łódzkie, expresivă fiind metafora de la pct. 28: *„informațiile și documentația depuse de un ofertant formează, la expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertei, un instantaneu. Autoritatea contractantă poate lua în considerare doar informațiile și documentația care există deja în imaginea respectivă. Aceasta nu împiedică autoritatea contractantă să mărească orice detaliu al imaginii care era puțin neclar și să ceară creșterea rezoluției imaginii pentru a vedea detaliul în mod clar. Dar informația de bază trebuie să fi existat deja în instantaneul inițial, chiar dacă rezoluția era scăzută*".

Consiliul consideră că în mod corect comisia de evaluare a respins oferta depusă de contestatoare, după clarificarea acesteia, în condițiile în care SC ... SRL nu a fost nominalizat nici ca subcontractant, nici ca asociat, nefiind angajat în niciun fel în contractul în cauză, neavând calitate de a executa vreo parte din acest contract. Prin urmare, autoritatea contractantă nu poate accepta executarea unei părți din contract de către un terț, care nu va avea nicio calitate în contractul ce urmează a fi încheiat. Separat de faptul că nu se cunoaște calitatea SC ... SRL în cadrul

contractului de achiziție publică, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a avut informații nici în legătură cu modalitatea în care această societate va respecta cerințele caietului de sarcini în momentul realizării lucrărilor de instalații electrice.

După cum rezultă din acordul de asociere, lucrările vor fi executate în cadrul contractului de cei doi asociați declarați, în concordanță cu obligațiile asumate prin acordul de asociere (SC ..... SRL - 90% și SC ...SRL - 10%). Cei doi executanți fiind asociații, în lipsa declarării unui subcontractant, ei se obligă să execute întregul contract, neputând fi acceptată efectuarea unei părți din lucrare de către o terță persoană, pe baza unui contract de subantrepriză, această persoană neavând nicio calitate în viitorul contract.

În decizia sa civilă nr. 2379 din 7 iunie 2012, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a stabilit că subcontractanții și partea subcontractată reprezintă elemente esențiale ale propunerii tehnice a ofertantului care, odată declarate în ofertă, nu pot fi înlocuite după interesul ofertantului, întrucât ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, după cum se statuează clar și fără excepții la [fostul] art. 171 din ordonanță – oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă. Cu alte cuvinte, o ofertă rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata prescrisă în documentația de atribuire. De altminteri, conform [fostului] art. 79 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată neconformă. Prin urmare, Curtea contată că în mod corect autoritatea a reținut că, din moment ce societatea reclamantă și-a modificat propunerea tehnică, prin cooptarea în realizarea contractului a unor societăți nenominalizate în ofertă, oferta sa a încălcat dispozițiile legale menționate, fiind, deci, corect declarată drept neconformă.

Consiliul constată că, în speța aflată în discuție, din documentele incluse în oferta asocierii rezultă cu certitudine că cele două societăți au participat la procedură în calitate de ofertante asociate, fără subcontractanți. Astfel, în ambele DUAE, la rubrica „Operatorul economic intenționează să subcontracteze vreo parte din contract unor terți?”, ambii asociați au bifat „Nu”, opțiune semnată și asumată de reprezentanții lor. Prin urmare, neavând niciun subcontractant declarat, contractul va trebui executat integral de către asociați, iar nu alt operator economic.

Contrar acestor evidențe, în răspunsul său de clarificare din 11.10....., asocierea menționează că partea de lucrări electrice va fi executată de SC ... SRL, ceea ce semnifică, în fapt, o

recunoaștere a subcontractării în parte a contractului. Prin această din urmă declarație se infirmă, practic, cele declarate anterior, ofertanta admițând că nu va executa integral ea însăși lucrarea licitată, ci va încheia ulterior pentru aceasta un contract cu SC ... SRL.

Din situația faptică expusă se observă că ofertanta și-a modificat oferta, în sensul că, dacă inițial declara că nu are subcontractanți la execuția lucrării, acum recunoaște că lucrările electrice se vor realiza de către societatea amintită. În atari circumstanțe, Consiliul observă că oferta a fost modificată, în sensul că declarația privind lipsa de subcontractanți depusă inițial nu corespundea realității, întrucât o parte determinată din contract urmează a fi executată de terțul subcontractant amintit, motiv care, invariabil, trebuia să atragă respingerea ofertei de către autoritatea contractantă.

Din datele expuse de părți reiese că ofertantul a atras un subcontractant în etapa de evaluare a ofertelor (precontractuală), subcontractant ce nu a fost declarat inițial, situație care nu este permisă de lege în această etapă nici măcar cu acordul autorității contractante.

Subcontractanții reprezintă un element esențial al propunerii tehnice a ofertantului și, nefiind declarați în ofertă, nu pot fi cooptați ulterior, întrucât ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, astfel cum se statuează clar și fără excepții la art. 124 alin. (1) din normele metodologice ale legii – „Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.”. Caracterul obligatoriu al ofertei este valabil atât pentru ofertantă, cât și pentru autoritatea contractantă, inclusiv în sensul că o ofertă fără subcontractanți nu poate fi schimbată în una cu subcontractanți. Cu alte cuvinte, o ofertă rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata prescrisă în documentația de atribuire.

De altminteri, conform art. 134 alin. (6) din aceleași norme, după cum a remarcat și autoritatea achizitoare, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă.

Așadar, societatea și-a modificat oferta în ceea ce privește propunerea sa tehnică, în pofida interdicției exprese de la art. 124 alin. (1) citit împreună cu art. 134 alin. (6). Modificarea în discuție trebuie să atragă, fără excepție, respingerea ca neconformă a ofertei, în baza prevederilor legale evocate mai sus. Nu se poate veni ulterior datei ofertării cu un subcontractant, întrucât se aduce o

gravă atingere principiului tratamentului egal între ofertanți – fiecare dintre cei care nu îndeplinesc cerințele de ordin tehnic sau de calificare ar fi bucuroși să depună ulterior susțineri din partea unor subantreprenori nenominalizați, pentru a îndeplini respectivele cerințe

Mai mult, ofertanta nu a respectat cerințele de calificare stipulate în documentația de atribuire, respectiv în fișa de date, privind prezentarea și completarea DUAE și de către subcontractanți, dacă este cazul, pentru partea din contract pe care o îndeplinește fiecare dintre ei. Nu a prezentat documentul DUAE completat de către subcontractantul SC ... SRL, pentru partea de lucrări electrice. Contestatoarea declară acest subcontractant tardiv, ulterior depunerii în SEAP a ofertei și a documentelor care o însoțesc, inclusiv DUAE. Acceptarea introducerii în procedură a subcontractantului conduce, în mod indubitabil, la crearea unui avantaj acestui ofertant și încălcarea atât a principiilor tratamentului egal și nediscriminării, cât și a prevederilor art. 60 alin (1) din normele Hotărârii Guvernului nr. 395/2016.

Nu doar ofertanților, ci și subcontractanților lor le revin anumite obligații prestabilite de entitatea contractantă, enumerate și în fișa de date a achiziției. Subcontractanții joacă un rol esențial în procedura de atribuire și în executarea viitorului contract (nu este exclus ca, la o anumită procedură, subcontractanții să realizeze o pondere mai mare a activităților decât ofertanții înșiși).

Asocierea nu l-a nominalizat pe SC ... SRL ca subcontractant în formularele DUAE prezentate autorității, iar SC ... SRL nu a completat niciun DUAE. Asocierea avea rubrică în acest sens în DUAE: *Proporția de subcontractare. Operatorul economic intenționează să subcontracteze eventual următoarea parte (adică procentaj) din contract. Vă rugăm să rețineți că, în cazul în care operatorul economic a decis să subcontracteze o parte din contract și se bazează pe capacitățile subcontractantului pentru executarea părții respective, trebuie să completați un DEAU separat pentru astfel de subcontractanți; a se vedea partea II secțiunea C de mai sus. Vă rugăm să precizați.*

Aparține în exclusivitate asocierii culpa neindicării subcontractantului în documentele ofertei.

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

a) Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal:

- decizia nr. 1 din 14 ianuarie 2013:

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

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

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

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

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

- decizia nr. 5200 din 23 iunie 2014:

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

b) Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1046 din 26 mai 2015:

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

c) Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 293 din 1 februarie 2010:

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

d) Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 5654 din 16 mai 2013:

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

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

- decizia nr. 8066 din 18 decembrie 2014:

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

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

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

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

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

- decizia nr. 758 din 15 martie .....:

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

Mai aplicată și mai recentă este decizia civilă nr. 3938 din 13 octombrie ..... a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, accesibilă la adresa de Internet http://www.rolii.ro/hotarari/59f29303e49009b820000059:

[...] furnizor în sensul lit. w) este entitatea care 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.

Subcontractantul este definit de lit. yy) ca fiind orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

După cum se observă, furnizorul pune la dispoziția contractantului produse sau prestează servicii în timp ce subcontractantul execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției.

Prin urmare, determinarea naturii contractului se face în funcție de obiectul acestuia: lucrări, produse sau servicii.

Conform anexei nr. 1 din Legea nr. 98/2016 la poziția 45.31 se găsesc „Lucrările de instalații electrice”, clasă ce include instalarea în clădiri sau în alte proiecte de construcții a următoarelor elemente: cabluri și conexiuni electrice; sisteme de telecomunicații; instalații electrice de încălzire; antene pentru clădiri rezidențiale; sisteme de alarmă împotriva incendiilor; sisteme de alarmă antiefracție; ascensoare și scări rulante; paratrăsnete.

Rezultă că simpla instalare a ascensorului (montajul acestuia și punerea în funcțiune asigurată de A.) reprezintă o lucrare, nefiind vorba de un produs sau de

prestarea unui serviciu; după cum se observă, această constatare era suficientă pentru a se respinge oferta ca inacceptabilă.

De asemenea, montajul sistemului de supraveghere video, instalația de control acces și corpurile de iluminat se include fie în clasa „Lucrările de instalații electrice", fiind fără relevanță, așa cum a susținut intimata I., că nu necesită prin ele însele obținerea unei autorizații de construire fie în clasa 45.34 „Alte lucrări de instalații" care cuprinde instalarea în clădiri sau în alte proiecte de construcții a instalațiilor și a echipamentelor neclasificate în altă parte.

Or, conform caietului de sarcini construcția propusă constă într-un parking auto suprateran, regim de înălțime S + 2D+P+3E+T, pe o suprafață de teren de 1.992 mp.

Atât autoritatea contractantă cât și intimata I. invocă prevederile art. 53-54 din Legea nr. 98/2016 prin raportare și la dispozițiile art. 219 alin. (1) din același act normativ însă omit împrejurarea esențială că potrivit fișei de date, act obligatoriu conform art. 123 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, dacă există subcontractanți aceștia trebuie declarați.

Conform art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, în condițiile art. 215 din lege, oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de către un ofertant care nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă.

Prin urmare, cu prilejul reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă este obligată să facă aplicarea acestui text de lege în privința ofertei I.

Nicio informație din oferta asocierii nu sugerează că ar exista un subcontractant, care să răspundă de lucrările electrice, context în care se prezumă că informațiile din documentele transmise autorității sunt corecte în fiecare detaliu. Ipoteza erorii nu este evidențiată prin niciun mijloc de probă, ci dimpotrivă, infirmată de ansamblul documentelor ce compun oferta și răspunsul din 11.10..... În această conjunctură, este limpede că eventuala completare ulterioară a listei cu un subcontractant ar conduce la o avantajare nepermisă de lege a ofertantei [art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].

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

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

(2) Subcontractanții propuși trebuie să respecte aceleași obligații ca și ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 51 alin. (1).

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

După cum s-a evocat mai sus, întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă asocierii care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către participanți a prescripțiilor documentației.

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

Prin manopera sa, asocierea încearcă să își creeze un avantaj în fața concurenților săi și să se abată de la conținutul obligatoriu al ofertei. Dacă autoritatea ar fi permis alterarea conținutului ofertei prin introducerea unui subcontractant ar fi însemnat avantajarea reclamantei față de ceilalți ofertanți. În altă ordine de idei, SC ... SRL nu poate să presteze legal nicio parte din contractul licitat, pentru sau în locul SC ..... SRL sau al SC ...SRL, întrucât nu a fost declarat de la început ca fiind subcontractant al acestora. Eventuala admitere acum a SC ... SRL și a atestatului ANRE nr. 10228/18.07.2014 conduce în mod clar la distorsionarea concurenței între operatorii economici ofertanți, întrucât asocierea ar ajunge să fie conformă pe baza unor documente produse sau relevate ulterior datei-limită de prezentare a ofertei.

Consiliul achiesează la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de respingere a ofertei ca neconformă din cauza expusă. În considerarea celor evocate, Consiliul determină că, în mod legal, autoritatea a respins oferta asocierii, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea procesul-verbal nr. 22787/07.11....., prin care a fost stabilită neconformitatea ofertei și a actelor subsecvente lui, și nici pentru obligarea autorității la reevaluarea ofertelor. Văzând toate acestea, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu .....

Relativ la cererea de intervenție voluntară formulată de SC ..... SRL, văzând că această societate comercială participantă la procedura de atribuire are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ. Consiliul o încuviințează în principiu. Cererea este accesorie, de intervenție în favoarea autorității contractante, și se circumscrie art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 – „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu

modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație.” Totodată, față de cele stabilite mai sus, Consiliul apreciază fondată respectiva cerere de intervenție, motiv pentru care o va admite și pe fond.

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

Încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 1575/04.12....., depusă de SC ..... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

| **PREȘEDINTE,** | **MEMBRU,** | **MEMBRU,** |
|---|---|---|
| **.....** | **.....** | **.....** |

Redactată în cinci exemplare, conține șaptesprezece pagini.