



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. ..

Data: ...

Prin contestația nr. 4108/20.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 29092/21.07.2020, formulată de SRL, cu sediul în, str. și adresă de corespondență în .., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 14506/16.07.2020, emisă de, cu sediul în, str. P-ța 1 Decembrie 1918 nr. 28, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Serviciul de management pentru obiectivul Revitalizarea spațiului pietonal din centrul istoric al Municipiului, construire autobază și amenajare Park and Ride”, cod CPV 79400000-8 – Consultanță în afaceri și în managementul și servicii conexe (Rev.2), s-au solicitat:

„- Anularea deciziei autorității contractante și a comunicării nr. 14.506/16.07.2020, prin care oferta depusă de SRL - în cadrul procedurii servicii de management pentru proiectul Revitalizarea spațiului pietonal din centrul istoric al Municipiului, construire autobază și amenajare Park and Ride - a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (6) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG 395/2016, cu modificările și completările ulterioare;

- *Anularea comunicării nr. 14.506/16.07.2020 prin care autoritatea contractantă a comunicat ofertantului S.R.L. respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă;*

- *Anularea raportului procedurii de atribuire nr. 14.501/16.07.2020 ca o consecință a anulării deciziei nelegale a autorității contractante de a respinge oferta subscrisei, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;*

- *Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere în sensul reluării procedurii de atribuire prin includerea ofertei SRL în categoria ofertelor acceptabile și conforme, în condițiile în care motivul de respingere a ofertei SRL este nelegal și, prin urmare, continuarea procedurii de evaluare a ofertelor depuse și stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului de atribuire menționat în invitația de participare și în fișa de date a achiziției”.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 14506/16.07.2020, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, pe motiv că a introdus pentru execuția contractului operatori economici care nu au fost declarați ca subcontractanți. Tot în cadrul aceleiași adrese i s-a comunicat și că oferta a fost declarată inacceptabilă pentru că a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ pentru subcontractanți, condiție obligatorie stabilită prin Legea nr. 98/2016.

În fapt, contestatorul arată că, în urma solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor la acestea, comisia de evaluare a apreciat că: *”oferta depusă nu îndeplinește condițiile de calificare pentru a intra în punctaj tehnic, deoarece experiența experților propuși prin externalizare, este deținută de alte societăți, care au încheiate precontracte cu dvs. pentru prestarea serviciilor necesare realizării obiectului contractului, ceea ce reprezintă cu certitudine o subcontractare, dvs. cunoscând la momentul depunerii ofertei că nu puteți realiza aceste activități din contract, și faptul că societățile, cu care ați încheiat precontracte, urmează să îndeplinească activități în cadrul contractului, prin angajații lor, asigurându-le acestora timpul de lucru și infrastructura necesară pentru desfășurarea activităților, răspunzând față de dvs. pentru prestarea acestor servicii rezultă fără echivoc că este vorba despre o subcontractare, pe care dvs. nu ați declarat-o inițial, punând comisia de evaluare în imposibilitate de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea 98/2016 în legătură cu subcontractanții propuși”.*

Raportat la această motivare de respingere a ofertei sale, contestatorul susține că autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite în mod clar și să definească în mod explicit și detaliat o nouă cerere de clarificare sau completare a documentelor de calificare în ceea ce privește personalul de specialitate al cărui angajament de participare l-a obținut societatea sa în scopul participării la procedura de atribuire, respectiv să solicite clarificare dacă experții sunt avuți în vedere ca și subcontractanți.

Prin urmare, având în vedere motivul descalificării ofertei sale, contestatorul îl apreciază ca fiind nelegal, întrucât autoritatea contractantă putea oricând să solicite informații suplimentare referitoare la acest aspect.

Pe de altă parte, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a analizat complet și global documentele și declarațiile ce fac parte din oferta sa, concentrându-se asupra mențiunii dintr-un singur document, reținând că nu a fost declarată subcontractarea experților și omițând să țină seama de celelalte documente și declarații din care rezultă în mod neechivoc inexistența unui raport de subcontractare.

În opinia contestatorului, o nouă clarificare ar fi fost necesară pentru ca autoritatea contractantă să nu fie nevoită să deducă ea însăși elementele esențiale ale ofertei, pe baza unor informații insuficiente sau nerelevante. Cu alte cuvinte, avea obligația de a face trimitere exactă la aspectele considerate neclare ce trebuiau edificate cu indicarea certă a ce dorește.

Invocând practica CNSC, cât și jurisprudența, inclusiv cea comunitară, contestatorul subliniază că este de preferat a se solicita clarificări care să conducă la obținerea unor informații de certitudine, decât să se emită o soluție de respingere a ofertei bazată pe considerente de fapt ce nu au o motivație de nerăsturnat. De altfel, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a ținut cont de prevederile art. 1279 Noul Cod Civil privind promisiunea de contractare, interpretând în mod eronat faptul că "*experiența experților propuși (...) este deținută de alte societăți*", având în vedere că experiența profesională a unui expert este deținută de el însuși și nu de societate, experții solicitați în prezenta procedură fiind experții ce vor realiza efectiv activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit și nu societatea promitentă.

Concluzionând, contestatorul consideră că încadrarea de către autoritatea contractantă a contractelor depuse în *subcontractări*, este una abuzivă și discriminatorie.

În susținerea acestei poziții, contestatorul invocă jurisprudența în materie, în care se regăsesc mai multe decizii din care rezultă că este la latitudinea operatorilor economici de a declara o companie care prestează servicii pe un contract de achiziție drept subcontractor sau furnizor (contract de prestări servicii), diferența dintre cele două entități fiind dată de tipul de contract semnat între cele două companii.

Astfel, arată contestatorul că, în opinia CNSC, este vorba despre un contract de subcontractare doar în situația în care:

- Există un contract ferm între subcontractor și contractor principal;
- Contractul cuprinde o detaliere a prestației și întinderii acesteia;
- Contractul cuprinde o detaliere a răspunderii la care se angajează subcontractorul vis a vis de implicarea în proiect.

Dacă cel puțin una dintre condiții nu este îndeplinită, iar, în situația în care se află societatea sa, în urma analizării contractelor, se poate observa că doar prima condiție este îndeplinită, se poate vorbi despre un contract de furnizare.

În final, amintind 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, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile imperative ale legislației privind achizițiile publice, întrucât a respins, în mod eronat, oferta sa, ca inacceptabilă, în condițiile în care aceasta întrunește toate cerințele legale referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională, în special în ceea ce privește asigurarea personalului tehnic de specialitate.

Pentru considerentele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă art. 16 alin. (1) alin. (2), alin. (3), art. 19, art. 20 alin. (1), art. 21 alin. (2), art. 26 alin. (2), art. 49 alin. (1) și alin. (2), art. 68 alin. (1) lit. i) și următoarele din Legea 101/2016, art. 209 alin. (1) și următoarele din Legea nr. 98/2016, art. 127 alin. (1) lit. f) și i), art. 134 alin. (7) și alin. (8), art. 135 alin. (1), (3) și (6) și următoarele din HG nr. 395/2016, art. 1279 și următoarele Noul Cod Civil.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 15128/24.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 30025/27.07.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca nefondată și neîntemeiată.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în cadrul procedurii de atribuire, au fost depuse două oferte, așa cum rezultă din procesul-verbal de vizualizare nr. 3298/11.02.2020. În urma analizării ofertelor, prin adresa nr. 4972/02.03.2020 i s-a solicitat contestatorului clarificări, la care a primit răspuns cu adresa nr. 3933/05.03.2020, prin care au fost adăugate elemente noi, respectiv contracte specifice, care, așa cum declară ofertantul în cauză, nu au fost anexate dintr-o eroare.

Dând dovadă de întreaga diligență necesară examinării propunerilor tehnice, comisia de evaluare a dorit să clarifice dreptul ofertantului de a utiliza de aceste documente și modul în care experții propuși vor participa alături de ofertant în procedură, coroborat cu

propunerea tehnică depusă în care, în formularul de propunere tehnică solicitat prin documentația de atribuire, ofertantul a adăugat, fără consimțământul autorității contractante, elemente noi, sens în care s-a revenit cu o nouă solicitare de clarificări, prin adresa nr. 11844/11.06.2020. La această solicitare ofertantul a răspuns cu adresa nr. 4042/12.06.2020, răspuns în urma căruia comisia de evaluare a decis inacceptabilitatea ofertei și a transmis comunicarea nr. 14506/16.07.2020, care face, în fapt, face obiectul contestației.

Un prim aspect evidențiat de autoritatea contractantă se referă la faptul că, deși ofertantul consideră că era necesară solicitarea suplimentară de clarificări din partea comisiei de evaluare, respectiv dacă experții propuși în oferta tehnică sunt avuți în vedere ca subcontractanți, pentru comisia de evaluare acest aspect a fost lămurit din documentele pe care ofertantul le-a prezentat în cadrul ofertei și prin răspunsul la solicitările de clarificări.

Chiar ofertantul însuși în cuprinsul contestației, la pag. 3, recunoaște folosirea pentru îndeplinirea integrală a obiectului contractului de servicii, a unor servicii externalizate, menționând că a completat, în acest sens, așa cum a fost solicitat prin formularul de propunere tehnică, tabelele pentru fiecare expert în parte, de la pag.73-97, dar nu face nicio referire la faptul adăugării, din proprie inițiativă, fără acordul autorității contractante, a unei noi rubrici în aceste tabele, fapt menționat și în comunicarea transmisă ofertantului, respectiv la cerința de la pag. 7/11 din formular.

Raportat la această cerință, autoritatea contractantă arată că a impus, la nivelul documentației de atribuire, modul de relaționare al ofertantului cu experții, având în vedere tipul de contract ce urma să fie încheiat în urma procedurii de achiziție, respectiv contract de servicii.

Contrar susținerilor contestatorului conform cărora oferta sa îndeplinește cerințele din documentația de atribuire, autoritatea contractantă precizează că din analiza documentelor prezentate, comisia nu a înțeles cum experții, care nu sunt angajați ai ofertantului, nu sunt avuți în vedere ca subcontractanți, aceștia fiind declarați colaboratori, opțiunea neavută în vedere de documentația de atribuire.

În cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 11844/11.06.2020, ofertantul a prezentat 4 promisiuni de contract de prestării servicii încheiate cu angajatorii experților propuși, care cuprind următoarea clauză: *„Prevederile prezentului contract nu sunt și nici nu pot fi interpretate ca instituind în sarcina prestatorului beneficiile și obligațiile unui subcontractor în raportul juridic dintre beneficiar și autoritatea contractantă”*.

Din analiza celor susținute de contestator, comisia de evaluare a înțeles foarte clar că intenția ofertantului a fost de a nu declara subcontractarea, cu toate că aceasta este mai mult decât evidentă. Ofertantul a mascat subcontractarea sub forma unor contracte de

prestări servicii, încheiate cu angajatorii experților propuși în oferta tehnică.

Autoritatea contractantă susține că ofertantul contestator avea obligația de a declara subcontractarea, ținând cont de faptul că experții propuși vor îndeplini majoritatea activităților din cadrul contractului, iar aceștia nu participă la procedura în nume propriu, ci în calitate de angajați ai altor operatorilor economici cu care ofertantul a încheiat promisiuni de contract de prestării servicii.

Se poate constata că între experții propuși și ofertant nu există niciun raport juridic, declarațiile de disponibilitate asumate de experți derivă și sunt consecința promisiunilor de contract, astfel cum rezultă din următoarea clauza contractuală: *„Pentru îndeplinirea responsabilităților în cadrul proiectului, expertul își va desfășura activitatea în coordonarea și responsabilitatea beneficiarului, drept pentru care va semna și asuma o declarație de disponibilitate în beneficiul societății reprezentate de beneficiar în prezentul contract”*.

Prin urmare, la momentul luării deciziei de respingere a ofertei în cauză, comisia de evaluare nu avea nici o neclaritate, înțelegând că este vorba de o subcontractare nedeclarată, precum și intenția ofertantului de a eluda dispozițiile legale, punând comisia de evaluare în imposibilitatea de a verifica inexistența unei situații de excludere cu privire la subcontractanți.

Raportat la susținerile contestatorului vizavi de modul de exprimare al comisiei de evaluare, autoritatea contractantă susține că acesta avea posibilitatea de a contesta la vremea respectivă, actul emis. Or, prin formularea unui răspuns la clarificări, practic acesta a acceptat modul de exprimare al comisiei și și-a asumat să răspundă la solicitarea de clarificare.

Contrar celor afirmate în cuprinsul contestației potrivit cărora oferta sa nu a fost analizată complet, autoritatea contractantă susține contrariul. Așa cum reiese din procesul-verbal de evaluare tehnică și anexele acestuia, în lipsa unor documente depuse în ofertă și constatând lipsa fizică și/sau de claritate a unor documente, au fost cerute clarificări, având în vedere că:

- activitățile, care urmează a fi îndeplinite de către experții care nu sunt angajați ai ofertantului, fac parte din obiectul contractului, fiind relevante pentru a demonstra capacitatea ofertantului de a executa contractul;

- experții, care nu sunt angajați ai ofertantului, au fost declarați colaboratori, fără a se prezenta documente relevante în acest sens;

- inexistența unui raport juridic între expertul propus și ofertant;

- declarațiile de disponibilitate asumate de experți sunt consecința și rezultatul promisiunilor de contract încheiate între ofertant și angajatorii experților propuși, în lipsa acestei promisiuni, declarațiile neavând nicio fundamentare juridică.

Un alt aspect învederat de autoritatea contractantă în punctul de vedere, se referă la analiza legalității promisiunilor de contract de

prestări servicii prezentate de ofertant. Comisia de evaluare nu a pus sub semnul întrebării legalitatea promisiunilor de contract încheiate între ofertant și angajatorii experților cheie propuși pentru derularea contractului, ci doar natura juridică a acestora.

Conform art. 45 din Codului Muncii un angajator are la dispoziție singura modalitate de a pune un angajat al său la dispoziția unui alt angajator și anume, detașarea, iar, în speța de față, nu poate fi vorba despre o detașare, având în vedere următoarele clauze contractuale din promisiunile încheiate între ofertant și angajatorii experților, din care rezultă ca experții continuă să presteze activități pentru angajatorii lor:

- *„Având în vedere gradul discontinuu de ocupare al expertului și necesitate ocupării timpului de lucru al acestuia în totalitate, în condițiile în care potrivit obligațiilor pe care le are în cadrul contractului acesta acoperă parțial timpul de lucru al expertului”;*

- *„Având în vedere solicitarea beneficiarului ca prestatorul să fie de acord să asigure cu prioritate timpul de lucru necesar pentru îndeplinirea sarcinilor/responsabilităților acestuia derivate din contract, în raport cu alte activități”;*

- *„Având în vedere disponibilitatea Prestatorului de a asigura Beneficiarul de acceptul sau privind prioritizarea timpilor de lucru pentru îndeplinirea activităților expertului în Contractul”.*

Din analiza celor mai sus, rezultă faptul că expertul își desfășoară parțial activitatea și în folosul angajatorului inițial, neputând fi vorba despre o detașare, context în care, în speța supusă analizei, singura modalitate prin care societatea putea pune la dispoziție un angajat al său ofertantului, în vederea executării unei părți din contract, este subcontractarea.

Mai menționează autoritatea contractantă că ofertantul, în cuprinsul contestației, admite faptul că pentru îndeplinirea contractului a apelat la serviciile externalizare ale unor “indivizi specializați” precum și faptul că „nu a dorit subcontractarea unor posibile părți din contract”. Or, din documentele prezentate în oferta tehnică nu rezultă care sunt aranjamentele contractuale dintre ofertant și experții care nu sunt angajații săi, astfel cum s-a solicitat în caietul de sarcini (pag. 48):

„Pentru demonstrarea disponibilității acestor experți, se vor prezenta în cadrul propunerii tehnice, următoarele:

- *declarație de disponibilitate a expertului pe perioada de derulare a contractului;*

- *Contractele de muncă (copie) /extras REVISAL (copie), pentru a demonstra calitatea de angajat al operatorului economic ofertant; în cazul în care expertul nu este angajatul ofertantului, se vor prezenta aranjamentele contractuale care atestă relația juridică pe care o are cu ofertantul (contract, antecontract, alte tipuri de contracte prevăzute de legislația în vigoare)”.*

Astfel, din documentele prezentate rezultă că există un aranjament contractual între ofertant și angajatorii experților cheie propuși, acest aranjament contractual nu putea fi interpretat decât ca o subcontractare. Prin urmare, autoritatea contractantă înțelege faptul că ofertantul nu dorește să subcontracteze părți din contract, dar, în același timp, s-a reținut că a înțeles și că ofertantul nu deține resursele necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului, fiind astfel evidentă reaua intenție a contestatorului de a nu declara subcontractarea, ci de a o masca sub altă formă.

Autoritatea contractantă reține că, în cazul în care un ofertant cunoaște de la bun început că nu poate îndeplini prin resurse proprii cerințele din documentația de atribuire și nu are asociați sau terți susținători în acest sens, este obligat să declare subcontractarea cu autoritatea care va îndeplini cerința, pentru ca serviciul să poată fi oferit licit, sens în care fost făcută și cerința din formularul propunerea tehnică pag. 7/11, încărcat în SEAP pentru a fi asumat prin completare de către ofertanți.

Invocând jurisprudența în materie cu privire la noțiunea de subcontractant, definită de art. 3 alin. (1) lit. yy din Legea nr. 98/2016 și având în vedere cerințele fișei de date a achiziției prezentei proceduri, autoritatea contractantă subliniază obligația operatorilor economici de a depune, odată cu DUAЕ, și acordurile de subcontractare cu privire la activitățile de asistență tehnică arheologică și deminare. În situația în care ofertantul nu deține personalul propriu autorizat și de specialitate prevăzut la art. 3 alin. (3) din O.G. nr. 43/2000 și la art. 46 din Legea nr. 481/2004, are obligația ca subcontractanții să fie menționați în ofertă, neputând fi acceptată menționarea lor ulterior depunerii ofertei, potrivit practicii statornice a instanțelor de judecată în materia achizițiilor publice.

Deși, în opinia contestatorului, operatorii economici cu care a încheiat promisiuni de contract sunt furnizori, autoritatea contractantă apreciază că singura modalitate prin care o societate poate pune un angajat al său la dispoziția unei alte societăți comerciale, este detașarea. Or, în cazul de față nu se poate pune în discuție acest aspect, atâta vreme cât experții în cauza îndeplinesc activități în beneficiul ambilor operatori economici, atât pentru operatorul economic prestator-societatea angajatoare, ca și pentru beneficiar-ofertantul SC SRL.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază eronată susținerea contestatorului vizavi de faptul că s-a luat în calcul externalizarea serviciilor unor experți prin contracte/înțelegeri/promisiuni care pot fi încadrate la categoria furnizori, apreciind astfel că ofertantul se află într-o gravă eroare atunci când susține că este lăsat la latitudinea operatorului economic de a declara o societate subcontractant sau furnizor, invocând în susținere jurisprudența CNSC, dar fără a nominaliza deciziile date în acest sens.

În concluzie, în opinia autorității contractante, contractele depuse nu pot fi considerate contracte de furnizare. Natura juridică a unui contract, indiferent de cum este acesta denumit de către părți, rezultă din clauzele contractuale asumate de către părți. Contractele depuse de către ofertant sunt indubitabil de subcontractare, și nu de furnizare, având în vedere că în temeiul acestor contracte experții propuși urmează să îndeplinească activități esențiale pentru îndeplinirea obiectului contractului.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată și neîntemeiată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri, precum și dovada comunicării punctului de vedere către contestator.

Prin adresa nr. 4128/29.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31257/03.08.2020, contestatorul a transmis un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, arătând că a prezentat prețul cel mai scăzut, iar calificarea și experiența experților nominalizați și puși la dispoziție în cadrul ofertei, nu poate fi subestimată sau subevaluată.

Invocând prevederile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2015, privind noțiunea de furnizor, precum și dispozițiile aceluiași articol, lit. yy, privind noțiunea de subcontractant, contestatorul susține că din analiza acestor articole rezultă că furnizorul este entitatea care furnizează produse/prestează servicii către contractant, iar subcontractantul execută/furnizează părți sau elemente ale lucrărilor/construcției ori îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului, răspunzând de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

Spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.

În speța de față, prin declarația de disponibilitate, contestatorul arată că experții declarați în cadrul ofertei și-au asumat personal, pe propria răspundere, declarația de disponibilitate și nu firma cu care s-a semnat promisiunea, iar, din interpretarea clauzelor contractuale și din prevederile amintite, rezultă faptul că nu poate fi vorba de o subcontractare.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante, cu privire la modificarea ofertei sale, contestatorul susține că prin răspunsurile la solicitările de clarificări, nu a fost modificată propunerea tehnică nici propunerea financiară, experții nominalizați, metodologia de lucru și toate elementele propunerii tehnice sunt identice cu oferta inițială.

Referitor la faptul că autoritatea contractantă susține că societatea sa a adăugat din propria inițiativă, fără acordul acesteia, a unei rubrici în aceste tabele, respectiv cerința de la pagina 7/11 din formular, prin care explică relația cu expertul nominalizat în cadrul procedurii, contestatorul invocă Ghidului achizițiilor publice, în cadrul

căruia se regăsește documentația de atribuire standardizată pentru servicii intelectuale, precum și un model de propunere tehnică pentru serviciile intelectuale, însă acestea sunt considerate modele, în nici un caz nu sunt restrictive, așa cum în mod eronat încearcă autoritatea contractantă să sugereze. În acest context, afirmația acesteia *adăugarea din propria inițiativă, fără acordul autorității contractante, a unei rubrici în aceste tabele*, poate conduce la încălcarea prevederilor art. 50 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele susținute, contestatorul apreciază că prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, în baza căruia autoritatea contractantă a respins oferta sa, nu sunt aplicabile.

Prin adresa nr. 15540/31.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 30962/31.07.2020, autoritatea contractantă a transmis concluzii scrise, prin care precizează că, în referire la susținerea contestatorului conform căreia a ofertat prețul cel mai scăzut, ofertantul nu a înțeles motivele care au stat la excluderii sale din rândul ofertelor admisibile și temeiul legal prin care aceasta a fost declarată inacceptabilă și nu realizează că procedura s-a desfășurat pe criteriul cel mai bun raport preț calitate, iar ofertele inacceptabile nu intră în aplicarea criteriilor de evaluare tehnică. Prin urmare, nu se poate face vreo apreciere asupra prețului ofertat de societatea contestatoare, acesta nefiind cunoscut decât după declararea admisibilă a propunerii tehnice.

Reiterarea definițiilor și interpretărilor subcontractare versus furnizare, în aprecierea autorității contractante, sunt lipsite de temei, cu atât mai mult cu cât contractul care urmează a fi încheiat este unul de prestări servicii, detaliind spre exemplificare documentele prezentate cu privire la expertul tehnic 3 instalații electrice, Pop Georgian Ionuț, pentru care sunt prezentate în ofertă, CV – pagina 187-194, diplome/certificate – pagina 194-197, recomandări și contracte, paginile-198-245, declarație de disponibilitate și angajament de participare – pagina 246, declarație de confidențialitate, pagina 247, iar, prin intermediul adresei de răspuns la clarificări nr. 4042/12.06.2020, pagina 19-23 – Promisiune de contract prestări servicii nr. 3.1/04.02.2020/1081.3/04.02.2020.

Totodată, privitor la afirmația contestatorului că nu înțelege care elemente din propunerea tehnică au fost modificate prin răspunsul la clarificări, așa cum a fost transmis și prin comunicarea nr. 14506/16.07.2020, autoritatea contractantă subliniază faptul că această referință privește formularul de propunere tehnică, parte integrantă a documentației de atribuire, în care a fost adăugat, fără acordul autorității contractante, poziția colaborator societate, în încercarea de transformare a ofertei din una inacceptabilă, în una acceptabilă.

Concluzionând, autoritatea contractantă apreciază că cerințele documentației de atribuire i-au fost cunoscute contestatorului, iar prin faptul că nu a solicitat nicio clarificare și nici nu a contestat prevederile documentației de atribuire, aceasta și-a căpătat puteri depline atât

asupra ofertanților pentru întocmirea ofertelor cât și asupra autorității contractante, în urmărirea cu diligența cuvenită a procesului de evaluare.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată și neîntemeiată.

Prin adresa nr. 4138/30.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 30855/31.07.2020, contestatorul comunică faptul că renunța la solicitarea sa de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

MUNICIPIULUI, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Serviciul de management pentru obiectivul Revitalizarea spațiului pietonal din centrul istoric al Municipiului, construire autobază și amenajare Park and Ride”, cod CPV 79400000-8 – Consultanță în afaceri și în managementul și servicii conexe (Rev.2), prin publicarea unui anunț de participare simplificat nr. SCN1061798/22.01.2020, la care a anexat documentația de atribuire.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare simplificat, în cadrul procedurii au fost primite 2 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 14.501/16.07.2020, în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, respingerea ofertei SRL, ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 134 alin. (6) și art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, precum și admisibilitatea și desemnarea ofertei depusă de ..., câștigătoare a procedurii.

Nemulțumit de acest rezultat, respectiv de decizia de respingere a ofertei sale, SC SRL (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016), a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul constată că problema de drept care trebuie dezlegată în prezenta speță este dacă ofertantul contestator, ... SRL, trebuia sau nu să declare, ca subcontractanți, operatorii economici angajatori ai experților propuși pentru îndeplinirea obiectului contractului.

În acest sens, se reține că, potrivit definițiilor regăsite la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, subcontractantul este - *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.*

Așa cum apare precizat la art. II.1 Obiectul achiziției coroborat cu art. II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, din fișa de date a achiziției, prin prezenta procedură, autoritatea contractantă urmărește atribuirea unui contract de Servicii de management pentru obiectivul: "Revitalizarea spațiului pietonal din centrul istoric al Municipiului, construire autobază și amenajare Park and ride", care vizează, în principal, activități de management de proiect și activități de monitorizare și control. Prin caietul de sarcini, la cap. 8, autoritatea contractantă a precizat resursele necesare/expertiza necesară pentru realizarea activităților din contract, respectiv numărul de experți pe categorie de expertiză, evidențiind faptul că, pentru implementarea adecvată și eficientă a activităților prezentului contract este necesară implicarea minimă a experților cheie la sediul autorității contractante, pentru minim: manager de proiect, expert financiar, expert tehnic 1 – siguranța circulației și sistematizare rutieră, expert tehnic 2 – arhitectură intervenții monumente istorice, expert tehnic 3 – instalații electrice și expert tehnic 4 – construcții.

Astfel, se observă că specificul contractului supus achiziției conduce la acordarea unui rol important personalului propus pentru realizarea lui, concluzie susținută inclusiv de faptul că *experiența profesională specifică a personalului desemnat pentru executarea contractului (experți cheie propuși) pentru realizarea activităților în cadrul contractului* s-a numărat printre factorii de evaluare aleși de autoritatea contractantă pentru aplicarea criteriului de atribuire stabilit.

În acest context, Consiliul reține că SRL a nominalizat, în cadrul propunerii sale tehnice (pag. 5), următorii experți cheie:

- Ghiulai Ana Timea – manager proiect
- Botond Pal Lazslo – expert financiar
- Cotiga Daniel – expert tehnic 1 - siguranța circulației și sistematizare rutieră
- Kollo Miklos – expert tehnic 2 - arhitectură intervenții monumente istorice
- Pop Giorgian Ionuț - expert tehnic 3 – instalații electrice
- Nagy Jozsef – Attila - expert tehnic 4 – construcții.

Tot din informațiile propunerii tehnice, observă Consiliul, Ghiulai Ana Timea – manager proiect și Botond Pal Lazslo – expert financiar sunt angajați ai ofertantului, în timp cei patru experți tehnici sunt prezentați a fi colaboratori ai ofertantului „conform document suport”.

În etapa de evaluare, urmare a solicitărilor de clarificări transmise de autoritatea contractantă, ofertantul a clarificat modul în care și-a asigurat accesul la serviciile experților, înaintând comisiei de evaluare 4 promisiuni de contract de prestări servicii, respectiv:

- promisiune contract de prestări servicii nr. 1081.4/04.02.2020, încheiată între societatea sa, în calitate de beneficiar, și C..Persoană Fizică Autorizată, în calitate de prestator;

- promisiune contract de prestări servicii nr.1081.2/04.02.2020, încheiată între societatea sa, în calitate de beneficiar, și ..., în calitate de prestator;

- promisiune contract de prestări servicii nr. 1081.3/04.02.2020, încheiată între societatea sa, în calitate de beneficiar, și .., în calitate de prestator;

- promisiune contract de prestări servicii nr. 1081.1/04.02.2020, încheiată între societatea sa, în calitate de beneficiar, și .., în calitate de prestator.

Obiectul acestor contracte instituie obligația prestatorului, în calitate de angajat al expertului declarat ca făcând parte din proiect, angrenat în derularea de către beneficiar a contractului obiect al prezentei achiziții, de a pune la dispoziția beneficiarului expertul nominalizat și să asigure timpul necesar desfășurării de către expert a activității în cadrul contractului menționat.

Conform acestor înscrisuri, experții la care se face referire sunt: expertul ...

Față de cele redate anterior, rezultă că cei 4 experți tehnici nominalizați de ofertantul contestator pentru prestarea serviciilor obiect al contractului, corespunzătoare specializării acestora, nu sunt angajați ai ofertantului, ci ai unor operatori economici distincți.

Comparând definiția dată subcontractantului potrivit prevederilor legale anterior iterate cu activitățile care urmează a fi prestate de către cei 4 experți în discuție, Consiliul reține că aceste activități fac parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit, motiv pentru care angajatorii acestora nu pot fi considerați simpli furnizori, astfel cum apreciază contestatorul.

Legiuitorul a definit noțiunea de furnizor la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, arătând că are această calitate *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.*

Ținând cont de definițiile celor două noțiuni – subcontractant și furnizor – Consiliul reține că diferența dintre acestea o constituie măsura în care serviciile/prestările asigurate de un alt operator economic fac parte sau nu din obiectul contractului.

Or, cei 4 experți tehnici nominalizați în propunerea tehnică prestează activități obiect al contractului, astfel că, atât timp cât ei nu sunt angajați ai ofertantului, ei nu pot fi folosiți în executarea contractului decât prin implicarea angajatorilor acestora, care, la rândul lor, nu pot fi considerați simpli furnizori, ci reprezintă veritabili subcontractanți.

Contrar opiniei contestatorului, societățile care pun la dispoziție experții tehnici, prin acest demers, execută părțile din contract corespunzătoare responsabilităților avute de experți în derularea lui, astfel că, în execuția contractului, ofertantul se bazează pe capacitatea unei entități care, potrivit reglementărilor în domeniul achizițiilor

publice, are calitatea de subcontractant, indiferent de modul au fost stabilite clauzele promisiunii de contract încheiate între acestea.

Operatorii economici cu care au fost încheiate precontractele înaintate comisiei de evaluare, urmează să îndeplinească activități în cadrul contractului ce se dorește a fi atribuit, prin intermediul angajaților proprii, aspect demonstrat de obligația pe care aceștia și-au asumat-o de asigurare, pentru expert, a timpului de lucru necesar, precum și a infrastructurii necesară desfășurării activității acestuia în cadrul contractului. Faptul că societatea care pune la dispoziția ofertantului expertul gestionează activitatea acestuia din urmă, rezultă inclusiv și din alte clauze cuprinse în promisiunile de contract încheiate cu ofertantul, cu titlu de exemplu fiind amintită promisiunea de contract nr. 1081.3/04.02.2020, încheiată cu, pentru expertul .., art. 11 *„orice modificare privind aportul experților trebuie făcută cu acordul prealabil al Prestatorului pentru a corela activitățile pe care experții le au de îndeplinit în alte proiecte”*, art. 18 *„Prestatorul va răspunde de nerespectarea de către expert a termenelor contractuale asumate de beneficiar față de autoritatea contractantă...”*, art. 22 *„Solicitarea de înlocuire a expertului va fi adresată prestatorului care are obligația să propună un alt expert”*. Mai mult, inclusiv evaluarea valorii prestațiilor prestatorului este raportată la un procent din valoarea contractului de achiziție publică supus achiziției *„în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare iar acesta va fi semnat”*, așa cum rezultă din coroborarea dispozițiilor art. 24 și art. 26 ale aceluiași document.

Așa cum subliniază și autoritatea contractantă, declararea unui subcontractant nu este lăsată la latitudinea ofertantului atunci când acesta își demonstrează capacitatea de a executa contractul prin folosirea unor resurse care nu îi aparțin, ci este obligatorie, sens în care și caietul de sarcini, pag. 27, solicită în mod clar și fără echivoc ca *„În cazul în care prestatorul va subcontracta anumite părți din contract, acestea vor trebui să fie clar precizate în cadrul propunerii tehnice. În plus, se vor prezenta datele de identificare ale subcontractorilor, precum și care sunt experții subcontractorilor incluși în cadrul echipei de proiect.”*

Așadar, Consiliul reține că diferența dintre subcontractant și furnizor este dată de rolul avut în execuția contractului supus achiziției, așa cum rezultă, fără dubiu, din definițiile date de legiuitor celor două entități, iar nu de modul în care sunt redactate diferite înțelegeri între două părți, drept care alegațiile contestatorului, sub acest aspect, vor fi reținute ca interpretări improprii ale legislației incidente, menite să justifice încercarea de eludare a obligațiilor care cad în sarcina unui ofertant atunci când apelează la o terță persoană pentru a executa părți din contract.

Câtă vreme ofertantul nu este în măsură să execute contractul cu resurse proprii, folosirea unor resurse obținute „prin externalizare” reprezintă o subcontractare, cu toate consecințele legale care decurg

din această situație, conform art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia *„În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)”*.

De asemenea, prin fișa de date a achiziției, III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, s-a prevăzut *„Proporția de subcontractare. În cazul în care Operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte (adică procentaj) din contract, acesta va include informațiile cu privire la subcontractanți în DUAЕ, va declara identitatea subcontractanților, precum și partea lor de implicare în contract. Modalitatea de îndeplinire: Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor”*.

Ca urmare a omisiunii completării DUAЕ cu datele subcontractanților și a lipsei unui DUAЕ pentru aceștia din urmă, comisia de evaluare nu a putut verifica inexistența unei situații de excludere prevăzută la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 în legătură cu acești subcontractanți, astfel cum avea obligația potrivit art. 170 din Lege, aspect consemnat în mod corect în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, și nici eventuala incidență a prevederilor art. 59 – 60 din același act normativ.

Față de considerentele expuse mai sus, o eventuală revenire în etapa de clarificare a informațiilor din ofertă, așa cum solicită contestatorul, ar fi inutilă, neputând schimba situația ofertei sale, dat fiind că art. 209 din Legea nr. 98/2016, cât și art. 134 din HG nr. 395/2016, arată că solicitările de clarificare transmise de autoritatea contractantă pot fi doar formale sau de confirmare a informațiilor regăsite în oferta depusă, fiind interzisă avantajarea ofertantului printr-un astfel de demers.

Caracterul inacceptabil al ofertei contestatorului, reținut prin aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, conform cărora o ofertă este inacceptabilă atunci când *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”*, pe motiv că nu s-a completat DUAЕ pentru subcontractanți, nu poate fi înlăturat printr-o etapă de clarificare a

ofertei, deoarece ar conduce la modificarea și completarea nepermisă a acesteia. Stabilindu-se că oferta contestatorului nu este una admisibilă, din motivele expuse anterior, este lipsită de relevanță valoarea propunerii financiare a acestuia, criteriul de atribuire fiind aplicat doar ofertelor admisibile.

Nici argumentele prezentate în contestație privind modul de redactare al solicitărilor de clarificări primite sau pretinsa nerespectare a principiului tratamentului egal, nu sunt în măsură să înlăture considerentele reținute mai sus, analiza informațiilor din oferta depusă prin prisma dispozițiilor legale incidente și a cerințelor documentației de atribuire fiind în mod corect realizată de autoritatea contractantă.

Pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu MUNICIPIULUI, în calitate de autoritate contractantă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....