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

DECIZIE

Nr. ....
Data: ....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr....., formulată de ..., cu sediul social în ....., în calitate de ofertant asociat şi lider al asocierii ... - ... şi de ..., cu sediul social în ...., în calitate de ofertant asociat al asocierii ... - ..., ambele reprezentate convențional de ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..... împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr...., emisă de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii competitive cu negociere, organizată în vederea atribuirii contractului de parteneriat public-privat având ca obiect „...", s-a solicitat:

- anularea comunicării susmenționată, prin care solicitarea de participare depusă de Asocierea ...-... a fost respinsă în temeiul art.134 alin. (5) din HG nr.395/2016;
- obligarea autorității contractante la evaluarea solicitării de participare depusă de Asocierea ...-....

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocierea ... - ... critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr...., emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere competitivă, organizată în vederea atribuirii contractului de parteneriat public-privat având ca obiect „...”, solicitând:

- anularea comunicării susmenționată, prin care solicitarea de participare depusă de Asocierea ...-... a fost respinsă în temeiul art.134, alin. (5) din HG nr.395/2016;

- obligarea autorității contractante la evaluarea solicitării de participare depusă de Asocierea ...-....

În motivarea contestației, asocierea ... - ... prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, care presupune, după cum arată, două etape, respectiv etapa depunerii solicitărilor de participare și a selectării candidaților și etapa a doua-cea a depunerii ofertelor și negocierii.

Contestatorul arată că, în cadrul etapei de evaluare a solicitării de participare, a depus solicitarea de participare în data de 13.12.2018, însoțită de formularele DUAE completate şi de formularele nr. 1, nr. 4 şi nr. 5, asociații fiind ... (liderul asocierii) şi ..., iar subcontractanții ... ... (cu un procent de 50% din contract) şi ... (cu un procent de 50% din contract).

Prin solicitarea de clarificări nr....., contestatorul arată că autoritatea contractantă a cerut clarificarea neconcordanței dintre documentul DUAE depus de ... ... (ce menționa în mod eronat doar ... ... ca subcontractant) şi
documentul DUAE depus de ... (ce menționa, în mod corect, atât ... ..., cât şi ... ca subcontractanți).

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr....., Asocierea ...-... a confirmat că nominalizează doi subcontractanţi (... ... şi ...) şi a corectat eroarea materială din cuprinsul documentului DUAE depus de ... ..., iar, în varianta corectată a documentului DUAE al liderului de asociere au fost indicaţi ambii subcontractanţi.

Prin solicitarea de clarificări nr....., contestatorul arată că autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„Comisia de evaluare analizând răspunsul transmis de către asocierea formată din ... ... S.L. (ofertant asociat și lider de asociere) și ... (ofertant asociat), nu a putut stabili clar, fără echivoc, statutul și relaţia juridică dintre asociaţi și subcontractant/i, din cauza că ... (ofertant asociat) este declarat în acelaşi timp atât asociat, cât și subcontractant.

Astfel, comisia de evaluare decide în unanimitate să vă solicite documentele care să ateste/confirme statutul asocierii, cât și relaţia juridică/contractuală, dintre asocierea formată din ... ... S.L. (ofertant

asociat și lider de asociere) cu ... (ofertant asociat) și subcontractantii declaraţi, respectiv ... ... și ....

Documentele solicitate de către autoritatea contractantă, în vederea clarificării acestor aspecte vor fi, acordul de asociere şi acordul de subcontractare".

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr....., Asocierea ...-... arată următoarele:

- În ceea ce privește statutul asocierii, a transmis autorităţii contractante acordul de asociere din ...., încheiat între ... ... şi ... ;

- S-a menţionat că între cei doi asociaţi s-a încheiat o asociere temporară, în conformitate cu art.53 din Legea nr.98/2016;

- A fost indicat expres art. 2.1 din Acordul de asociere, ce defineşte obiectul asocierii (participarea la procedura de parteneriat public-privat, prin depunerea unei oferte comune);

- În ceea ce priveşte relaţia juridică/contractuală dintre asociere şi subcontractanţii declaraţi, s-a menționat următoarele:

- subcontractanţii desemnaţi pentru lucrările de construcţie, întreţinere şi operare vor avea o relaţie juridică contractuală cu compania de proiect, ce se va constitui ulterior desemnării partenerului privat. Între ofertanţii asociaţi (... ... şi ...) şi subcontractanţii declaraţi (... ... şi ...) nu există o relaţie juridică directă contractuală în cadrul proiectului la acest moment. Subcontractanţii declaraţi vor încheia contracte de construire, întreţinere şi operare cu societatea de proiect în termenele şi condiţiile ce se vor agrea cu finanţatorii;

- structura PPP menţionată la pag. 80 a Studiului de fundamentare menţionează că subcontractanţii declaraţi pentru lucrările de construire, întreţinere şi operare vor încheia contracte direct cu societatea de proiect.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a respins, în mod nelegal, solicitarea de participare a Asocierii ...-..., considerând că nu au fost îndeplinite criteriile de calificare:

-„comisia de evaluare constată faptul că, nu ați îndeplinit cerinţa minimă solicitată de către autoritatea contractantă prin anunţul de participare mentionată la paragraful III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională, 2) Operatorilor economici li se solicita precizarea părţii/părţilor din contract pe care intenţionează să o/le subcontracteze. Operatorii economici ofertanţi precizează în DUAE numărul şi data contractului de subcontractare pentru partea propusă pentru subcontractare", astfel cerinţa autorităţii contractante nefiind îndeplinită".

- „răspunsul formulat la solicitarea de clarificări nr.2 este neconcludent, din cauză că nu aţi depus documentele solicitate de către autoritatea contractantă, în vedere clarificării, respectiv „.....".

În opinia contestatorului, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire este nelegală din următoarele considerente:

Documentaţia de atribuire şi legislaţia aplicabilă impun depunerea acordului de subcontractare doar dacă ofertantul demonstrează

îndeplinirea cerinţei de calificare prin invocarea capacităţii tehnice şi profesionale/situaţiei economice şi financiare a subcontractantului, ce devine terţ susţinător. Depunerea acordului de subcontractare este menită în acest caz a ţine loc de "angajament ferm" al terţului susţinător. În cazul analizat, este evident că, asocierea ...-... nu a invocat susţinerea terţului susţinător .... Indicarea constructorului ... ca subcontractant a reprezentat o simplă formalitate impusă de specificul procedurii de parteneriat public privat.

În cadrul unui proiect de parteneriat public privat constructorul va încheia contractul de construire cu societatea de proiect înfiinţată în temeiul contractului de parteneriat public-privat.

Asocierea ...-... era obligată să depună un acord de subcontractare doar dacă invoca capacitatea tehnică şi profesională/situaţia economică şi financiară a subcontractanţilor.

Autoritatea contractantă a decis respingerea candidaturii ...-... pentru nedepunerea acordului de subcontractare dintre ofertanţii asociaţi şi cei doi subcontractanţi declaraţi - ... ... (cu un procent de 50% din contract) şi ... (cu un procent de 50% din contract).

Decizia de respingere a solicitării de participare se datorează, în opinia contestatorului, neînţelegerii de către autoritatea contractantă a specificului contractelor de parteneriat public-privat. Astfel, într-o procedură de parteneriat public-privat investitorul îndeplinește de regulă şi rol de constructor sau de operator. Formal, investitorul care îndeplinește rolul de constructor sau operator are o dublă calitate - de ofertant şi de subcontractant, pentru că realizarea efectivă a construcţiei are loc în baza unui contract de sine stătător încheiat cu societatea de proiect. Lipsa acordului de subcontractare nu este de natură a pune autoritatea contractantă în incapacitate de a înțelege structura propusă de investitor.

Depunerea acordului de subcontractare devine necesară atunci când subcontractantul constructor este un terţ ce nu face parte din investitor, iar Asocierea utilizează capacităţile respectivului subcontractant pentru demonstrarea criteriilor de calificare, în lipsa unui astfel de angajament nu se poate vorbi de manifestarea de voinţă aptă a produce efecte juridice în drept.

Însă, în prezenta cauză, asocierea a demonstrat îndeplinirea criteriilor de calificare prin completarea formularului DUAE de către ofertanţii asociaţi - ... ... şi .... Simplul fapt că, prin execuţia construcţiei, ... va îndeplini, în mod formal şi rol de subcontractant, este irelevant în procedură. Nu se poate asimila acest caz cu un caz în care o asociere ar invoca situaţia economică şi financiară sau capacitatea tehnică şi profesională a subcontractaţilor declaraţi pentru a-şi dovedi calificarea.

Dispoziţiile legale ale art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016 sunt în acelaşi sens, respectiv subcontractantul care ajută candidatul la îndeplinirea criteriilor minime de calificare este asimilat unui terţ susţinător.

Subcontractanții declaraţi au fost indicaţi în Partea a II-a, lit. D a DUAE completat atât de ... ... (varianta corectată ataşată Răspunsului la solicitarea de clarificări nr.1), cât şi de ...: *„Informaţii privind subcontractanții pe ale căror capacităţi operatorul economic nu se bazează*".

Această interpretare a fost confirmată de autoritatea contractantă prin Răspunsul la solicitarea de clarificare nr.23:

Răspuns: *în conformitate cu speța ANAP nr.261 "Atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerinţe de calificare referitoare la situatia economică și financiara și/sau capacitatea tehnică și profesională, prin invocarea susţinerii acordate de unul sau mai mulţi terti, în condiţiile art.182 din Legea nr.98/2016, capacitatea acestuia/acestora poate fi cumulată, dupa caz, cu cea a ofertantului/candidatului pentru îndeplinirea respectivei cerinţe. Prin urmare, cerinţa privind experienţa similară, astfel cum a fost formulată de autoritatea contractantă, poate fi îndeplinită fie de către ofertant, fie de către ofertant prin cumul cu terțul/terții susținător/susținători, fie de către tert/terti susţinător/susţinători. Totodată, conform prevederilor art.172 alin.(4) din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă nu poate stabili cerinţe de participare pentru subcontractanţii propuşi de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens. Astfel, având în vedere speţa în cauza precizăm ca se poate lua în considerare și experienţa similară a subcontractantului, caz în care acesta devine și teri susținător*".

În concluzie, candidatul avea obligaţia de a încheia şi depune acordul de subcontractare doar dacă se baza pe situaţia/capacitatea subcontractantului în dovedirea criteriilor minime de calificare.

În cadrul unui proiect PPP acordul de subcontractare a constructorului se încheie cu societatea de proiect înfiinţată în temeiul contractului de parteneriat public-privat.

Motivul invocat de autoritatea contractantă în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii de atribuire potrivit căruia răspunsul la solicitarea de clarificări nr.2 este neconcludent, întrucât nu a fost depus acordul de subcontractare, nu poate fi reținut în opinia contestatorului, din moment ce Asocierea a oferit explicaţii privind relaţia juridică/contractuală cu subcontractanţii declaraţi precizând că aceştia vor încheia un contract de construire cu societatea de proiect. Într-un proiect PPP relaţia de subcontractare nu se stabileşte direct cu investitorul, ci cu societatea de proiect înfiinţată ulterior de acesta, iar în lipsa unei societăţi de proiect nu era posibilă depunerea acordului de subcontractare.

Contestatorul susține că, eroarea autorităţii contractante şi decizia vădit nelegală de respingere a candidaturii sale sunt de fapt bazate pe o înţelegere eronată a rolului „subcontractantului" în procedura PPP.

Autoritatea contractantă asimilează „subcontractantul PPP" cu subcontractantul din achiziţiile publice clasice, ignorând faptul că în acest caz ... este şi parte în Asociere şi subcontractant. ... a depus scrisoarea de participare exprimându-şi fără echivoc voinţa de a participa la procedură, din acest motiv nu se mai impunea exprimarea voinţei sale în calitate de terţ susţinător - subcontractant.

Indicarea unui membru al Asocierii ca subcontractant respectă, în opinia contestatorului, dispoziţiile art.9 din OUG nr. 39/2018 şi pe cele ale Studiului de fundamentare, și anume:

- potrivit art.9 din OUG nr. 39/2018 „*Investitorul privat desemnat câştigător al procedurii de atribuire care încheie un contract de parteneriat public-privat dobândeşte calitatea de partener privat*".

- Potrivit art. 6 lit. f) din OUG nr. 39/2018, „*partener privat - Investitorul privat sau asocierea de investitori privaţi care a semnat cu partenerul public contractul de parteneriat public- privat*".

Contestatorul precizează că Proiectul Autostrăzii ... va purta forma unui parteneriat public-privat instituţional, definit de art. 4 alin. (1), lit. b) din O.U.G. nr. 39/2018 ca fiind „*parteneriatul public-privat realizat în temeiul unui contract încheiat între partenerul public şi partenerul privat, prin care se constituie de către partenerul public şi partenerul privat o societate nouă, care va acţiona ca societate de proiect şi care, ulterior înregistrării în registrul societăţilor, dobândeşte calitatea de parte la contractul de parteneriat public-privat respectiv*".

Potrivit art.32, lit. t) din OUG nr.39/2018, „*Contractul de parteneriat public-privat reglementează cel puţin următoarele aspecte: (...) t) procedura si limitele subcontractării*" (singura menţiune a subcontractării în OUG nr. 39/2018).

În concluzie, contestatorul susține că, ofertantul declarat câştigător este investitorul care devine partener privat şi va semna contractul de parteneriat public-privat cu partenerul public (...). Investitorul privat va constitui împreună cu partenerul public o societate de proiect. Societatea de proiect va încheia un acord de subcontractare cu constructorul. Limitele şi condiţiile subcontractării lucrărilor de construire vor fi stabilite prin contractul de parteneriat public privat şi vor fi obligatorii pentru investitorul privat.

De altfel, contestatorul precizează că Studiul de fundamentare confirmă această structură, indicând şi activităţile ce se intenţionează a fi subcontractate de societatea de proiect.

În cadrul PPP ... se evidenţiază următoarele principii:

- există o relaţie contractuală directă doar între concesionar (i.e. societatea de proiect) şi subcontractantul pentru lucrările de execuţie şi cel pentru lucrările de întreţinere şi operare;

- lucrările de construcţie/întreţinere/operare se vor realiza prin contracte distincte de contractul de parteneriat public-privat, acesta din urmă fiind încheiat doar de investitori, autoritatea publică şi concesionar (i.e. societatea de proiect) ca efect al art. 4 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 39/2018. Compania care execută efectiv construcţia este calificată

drept subcontractant - ... care va participa la executarea construcţiei va fi deci subcontractant al concesionarului.

Astfel, susține contestatorul, „subcontractantul PPP" este antreprenorul/operatorul ce încheie contracte distincte cu societatea de proiect.

Existența unor contracte distincte de construcţie/întreţinere/ operare faţă de contractul de PPP este confirmată în repetate rânduri de studiul de fundamentare:

- *„Partenerul privat va asigura finanţarea proiectului (prin contribuţii la capitalul social/împrumuturi de la acţionari şi împrumuturi de la instituţiile de credit) în proporţie de 75% şi va gestiona activităţile de construcţie şi operare, în principal prin subcontractare către un antreprenor / operator*" (pag. 64);

- *„activităţile concrete de proiectare, construcţie, operare şi întreţinere se realizează de către subcontractanti, afiliați ai companiei de proiect, care constituie garanţii de bună execuţie în favoarea companiei de proiect*" (pag. 79);

- *„plata eventualelor costuri de reziliere a subcontractelor de către partenerul privat ca urmare a încetării contractului"*.

Contestatorul precizează că documentaţia de atribuire a impus nominalizarea subcontractanţilor, fără distincţie după cum aceştia sunt sau nu membri ai Asocierii. Indicarea subcontractantului constructor este menită a da garanție autorităţii contractante tocmai cu privire la capacitatea și experienţa investitorului, asigurând autoritatea contractantă că investitorul va fi direct implicat.

De altfel, contestatorul arată că, în ceea ce privește „subcontractantul PPP", autoritatea contractantă a clarificat următoarele aspecte:

- este necesară nominalizarea subcontractanţilor pentru lucrările de proiectare şi construcţie /operare şi mentenanţă odată cu depunerea solicitării de participare, condiţie îndeplinită de Asociere prin nominalizarea constructorilor - ... ... și ... ;

- acordul de subcontractare poate fi depus în etapa a doua sau oricând în timpul evaluării ofertelor (tot în etapa a doua, pentru că ofertele nu au fost încă solicitate de autoritatea contractantă, candidaţii transmiţând doar solicitarea de participare), condiţie ce a fost îndeplinită fiind menționat în Acordul de asociere că se va încheia acordul de subcontractare pe baza termenilor din contractul de parteneriat public privat, motiv pentru care contestatorul apreciază decizia de excludere nejustificată şi nelegală;

- subcontractanţii pot fi indicaţi la nivel de formular DUAE, condiţie îndeplinită de Asociere.

Cu toate acestea, contestatorul susține că autoritatea contractantă ignoră documentaţia de atribuire şi propriile răspunsuri la solicitările de clarificări.

De asemenea, se arată că, potrivit structurii PPP inclusă în studiul de fundamentare, "operatorul economic" nu execută contractul de

parteneriat public privat, ci societatea de proiect constituită de "operatorul economic", astfel încât şi „subcontractantul" (adică constructorul în contractul de construire sau operatorul în contractul de operare/mentenanţă) va avea o relaţie contractuală cu "societatea de proiect" şi nu cu „operatorul economic" (investitorul ce devine partener privat, conform art. 9 din OUG nr. 39/2018) ori, la acest moment societatea de proiect nu a fost încă constituită.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă este în eroare şi cu privire la imposibilitatea deţinerii dublei calităţi de către ... în PPP - ofertant asociat şi „subcontractant", întrucât „subcontractantul" din procedura PPP ... nu trebuie privit din perspectiva definiţiei oferită de art.3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016. "Subcontractant" în PPP este şi asociatul care execută lucrările de construire, pentru că etapa de construire se realizează în baza unui contract de sine stătător de construire, încheiat cu societatea de proiect. ... este propus ca viitor constructor, parte în contractul de antrepriză de construcţii ce se va încheia cu o entitate distinctă şi inexistentă la acest moment, societatea de proiect.

Contestatorul precizează că indicarea ... s-a făcut pentru a se respecta răspunsul la solicitarea de clarificare nr.2 și răspunsul la întrebarea nr.8, ce a impus candidaţilor nominalizarea antreprenorilor P&C şi O&M.

Totodată, contestatorul precizează că legislaţia achiziţiilor publice clasice nu interzice dubla calitate de ofertant şi subcontractant în cadrul aceleiași oferte, singura ipoteză interzisă de art. 47 din HG nr.395/2016 este cea în care dubla calitate s-ar întruni în oferte diferite, scopul interdicției dublei calități în oferte diferite fiind acela al protejării regulilor concurenței în procedurile de licitație.

Pe de altă parte, contestatorul susține că este imposibilă încheierea unui acord de subcontractare (în speţă, un grup de contracte de construire/operare/mentenanţă) înainte de semnarea contractului de PPP, ce va trasa termenii şi limitele subcontractării și stabilirea condiţiilor impuse de finanţatorii proiectului.

În concluzie, contestatorul susține că adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire este nelegală şi încalcă propriile răspunsuri la solicitările de clarificări formulate de autoritatea contractantă, asocierea respectând cerinţa indicării entităţilor ce vor realiza lucrările de P&C şi serviciile de O&M şi a completat DUAE în mod corespunzător.

Având în vedere cele mai sus învederate, contestatorul solicită anularea adresei contestate prin care a fost respinsă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, solicitarea de participare depusă de Asociere și obligarea autoritatea contractantă la evaluarea solicitării de participare.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, art. 8 din Legea nr. 101/2016, OUG nr. 39/2018, HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr....., ... a invocat excepția tardivității contestației formulată de asocierea ... - ..., solicitând respingerea acesteia ca fiind tardivă.

În susținerea excepției tardivității contestației, autoritatea contractantă arată că, raportat la data comunicării rezultatului procedurii de atribuire, respectiv ..... asocierea nu a respectat termenul legal de contestare prevăzut de art.8 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, contestația fiind depusă la 14 zile de la data comunicării rezultatului procedurii de atribuire.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr....., contestatorul a solicitat respingerea ca nefondată a excepției tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă, susținând că a depus contestația atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă, în ultima zi a termenului legal de 10 zile prevăzut de art.8, alin.1, lit.a din Legea nr.101/2016, respectiv în data de .....

În ceea ce privește argumentul autorității contractante potrivit căreia contestația a fost depusă la 14 zile de la data comunicării nr..., contestatorul apreciază că aceasta face confuzie între data depunerii contestației și data înregistrării acesteia, data livrării contestației neavând nicio relevanță în analiza respectării termenului procedural, autoritatea contractantă ignorând dispozițiile imperative ale art.183 alin.1 din C.proc.civ.

În dovedirea celor afirmate, asocierea a depus, în copie, înscrisuri, respectiv notele de inventar și confirmările de primire.

Pe fondul cauzei, prin adresa nr. ..... a transmis punct de vedere, solicitând respingerea contestației, ca neîntemeiată și nefondată.

În cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă face un scurt istoric al procedurii arătând că, după încheierea datei/orei limită stabilită pentru depunerea solicitărilor de participare, respectiv ....., a fost convocată comisia de evaluare în vederea constatării documentelor depuse de către candidații înscriși, iar ulterior încheierii ședinței a fost încheiat Procesul verbal nr.1, înregistrat sub nr. ...., în care au fost înscrise documentele depuse de către candidați în vederea participării la această procedură.

Ulterior acestei prime ședințe, învederează autoritatea, comisia de evaluare a fost convocată pentru următoarea ședință, ce a avut ca scop analizarea şi verificarea formularului DUAE si a altor documente depuse în cadrul procedurii, in conformitate cu prevederile art.132 alin.(1) din HG nr. 395/2016, finalizată cu întocmirea procesului verbal nr.2 înregistrat sub nr.....

De asemenea, subliniază că, în cadrul acestei ședințe, urmare analizării documentelor depuse de către Asocierea ... ... S.L - ... cu subcontractant ... ... (Lider de asociere ...), comisia de evaluare a constatat faptul că, candidatul reprezintă o asociere după cum urmează:

... ... în proporție 50% şi ...în proporţie de 50%, conform formular DUAE (pag. 51) și formular nr. 4 (pg. 44).

Tot din aceste documente a reieșit şi faptul că asocierea ... ... S.L - ... intenționează să subcontracteze o parte din contract numitei ... ..., conform formular DUAE (pag. 53) și Formularul nr. 4 (pg. 45).

Din analiza documentele depuse, afirmă autoritatea, a constatat că, în formularul DUAE - ... ... - (lider asociere) (Secțiunea "D") este declarat ca subcontractant ... ..., iar în formularul DUAE al ...(asociat) Secţiunea "D" sunt declarați ca şi subcontractanţi ...și ... ... (2 societăți).

Drept urmare celor menționate mai sus, învederează că, a formulat solicitarea de clarificare nr.1 înregistrată cu nr. 398/28.12.2018, prin care a solicitat explicații cu privire la contradicția regăsită în formularul DUAE - ... ... Secțiunea "D" în care este completat ca și subcontractant ... ... față de înscrisurile declarative din formularul DUAE al ...Secțiunea "D", unde este declarat ca subcontractant ... ..., cât și ... .

Urmare solicitării de clarificare adresată de către ... asocierii ... ... S.L - ... acesta a formulat răspuns printr-o adresă, depunând totodată și formularul DUAE revizuit al ... ... S.L, cât și formularul nr.4 în numele ... ... S.L, formularul nr.4 în numele ... ... SA.

Autoritatea contractantă menționează că, în cadrul răspunsului transmis de către asocierea ... ... S.L și ..., acesta declară că *„Asocierea este formată din ... ... S.L. (ofertant asociat și lider de asociere) și ... ... S.A. (ofertant asociat) și propune doi subcontractanţi: (1) ... ... (cu un procent de 50% din contract) și (2) ... ... S.A. (cu un procent de 50% din contract). Subcontractanții vor încheia contract cu Compania de proiect. Astfel, în formularul DUAE completat de ... ... S.L. (liderul de asociere) dintr-o eroare materială a fost menționat ca subcontractant doar ... . În ambele formulare DUAE ar fi trebuit menționate în categoria subcontractanților atât ... ..., cât și ... ... S.A.*"

Analizând răspunsul formulat de către asocierea ... ... S.L și ..., ... arată că membri comisia de evaluare, în cadrul şedinţei de evaluare a răspunsurilor la solicitarea de clarificare nr.1, încheiată prin întocmirea procesului de evaluare nr.3, înregistrat cu nr...., nu a putut stabili clar, fără echivoc, statutul și relaţia juridică dintre asociaţi şi subcontractant/i, din cauză că ... ... S.A. (ofertant asociat) este declarat în același timp atât asociat, cât şi subcontractant.

Astfel, având în vedere modificările/revizuirile aduse la cunoştinţa autorității contractante prin intermediul răspunsului formulat, respectiv a formularului DUAE revizuit, comisia de evaluare a decis în unanimitate adresarea unei noi clarificări solicitând acestuia transmiterea documentelor care să ateste/confirme statutul asocierii, cât şi relaţia juridică/contractuală dintre asocierea formată din ... ... S.L. (ofertant asociat și lider de asociere) cu ... ... S.A. (ofertant asociat) și subcontractanți (... ... și ... ... S.A. Documentele solicitate de către autoritatea contractantă candidatului, în vederea clarificării acestor aspecte, au fost, Acordul de asociere şi Acordul de subcontractare.

... subliniază că, urmare transmiterii solicitării de clarificare nr.2, înregistrată de autoritate cu nr.16/15.01.2019, asocierea formată din ... ... S.L. (ofertant asociat și lider de asociere) și ... ... S.A. (ofertant asociat), a răspuns întărind/confirmând cele declarate anterior, respectiv faptul că ... ... S.A (asociat în cadrul asocierii ... ... S.L-lider de asociere - ...-asociat) este în același timp menționat şi subcontractant alături de ... ..., și depunând suplimentar documentul "*... ... ... S.L - ... ... S.A*" având ca dată de încheiere ...., cât și un extras din Registrul Comerţului din ..., al societatii ... ... S.A, datat .....

Totodată, analizând răspunsul asocierii ... ... S.L. (lider de asociere) și ...(asociat), comisia de evaluare a concluzionat că, potrivit prevederilor art.3 lit.q) şi art.3 lit. yy) din Legea nr.98/2016 privind achiziţiile publice cu modificările și completările ulterioare, *„asocierea ... ... S.L (lider de asociere) și ...(asociat)*" se angajează să îndeplinească simultan următoarele atribuţii, definite astfel:

„lit.q) contractant - orice operator economic care este parte la un contract de achiziţie publică;" şi

„lit. yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop", în cadrul acestui contract de parteneriat public privat.

Prin urmare, susține autoritatea, comisia de evaluare consideră candidatura depusă de către *„Asocierea ... ... S.L - ... (Lider de asociere ...)*" ca fiind inacceptabilă ținând cont de:

- prevederile art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare, deoarece răspunsul formulat la solicitarea de clarificări nr.2 este neconcludent, din cauză că Asocierea ... ... S.L - ... (Lider de asociere ...) nu a depus documentele solicitate, în vederea clarificării, respectiv „...*Acordul de subcontractare*";

- prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr.395/2016 cu modificările şi completările ulterioare, deoarece ofertantul nu a îndeplinit toate cerinţele formulate de autoritatea contractantă;

- art. 215 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice cu modificările și completările ulterioare, respectiv "6)*Solicitarea de participare este considerată neadecvată în situaţia în care candidatul se află în una dintre situaţiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167 sau nu îndeplineşte criteriile de calificare stabilite de autoritatea contractantă*".

Având în vedere faptul că, i-a solicitat, în mod clar, candidatului, în vederea demonstrării capacității, prezentarea "*Acordului de subcontractare*" încheiat între candidat şi subcontractantul/i său/săi declaraţi în formularele DUAE, ... afirmă că este evident faptul că, netrasmiţand acest document, candidatul nu a încheiat un astfel de acord.

Ca urmare a finalizării evaluării, autoritatea menționează că a fost întocmit şi aprobat *„Raportul intermediar al fazei de analizare, verificare și evaluare a solicitărilor de participare (DUAE)*", înregistrat sub nr....., urmat de întocmirea şi transmiterea în aceeaşi zi a *„Comunicării privind rezultatul procedurii*", document înregistrat cu nr...., candidatului „asocierea ... ... S.L (lider de asociere) și ... (asociat)".

Față de cele de mai sus, ... solicită respingerea contestației depuse de către Asocierea ... ... S.L (Lider de asociere) - ... ... S.A (asociat), ca fiind neîntemeiată şi nefondată.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. ....., Asocierea ... - ..., prin ..., a transmis răspunsul său cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, în cuprinsul căruia a înțeles să reitereze considerentele precizate în cuprinsul contestației, care, în opinia sa, conduc la admiterea acesteia.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de negociere competitivă, în vederea atribuirii contractului de parteneriat public-privat având ca obiect *„...”*.

În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SICAP, anunțul de participare nr. ....., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea estimată, fără TVA, a contractului este de ..... euro.

Potrivit Procesului-verbal nr. 1, înregistrat sub nr. ...., au fost primite 5 candidaturi, iar, ulterior evaluării acestora, prin raportul fazei de analizare, verificare și evaluare a solicitărilor de participare (DUAE) nr. ....., comisia abilitată a hotărât respingerea a 2 candidaturi și admiterea celorlalte la următoarea etapă a procedurii.

Nemulțumit fiind de decizia de respingere a solicitării sale de participare, ..., în calitate de candidat asociat şi lider al asocierii ... - ... şi ..., în calitate de ofertant asociat (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016) au formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează, cu întâietate, la analizarea excepției tardivității invocată de autoritatea contractantă, pe care urmează să o respingă, ca nefondată, având în vedere că, potrivit documentelor probatorii aflate la dosarul cauzei – Notele de inventar emise de Oficiului poștal 15 București, asocierea contestatoare a transmis contestația sa, atât către Consiliu, cât și către autoritatea contractantă, prin poștă, la data de .....

În soluționarea acestei excepții, conform dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016, sunt reținute și prevederile Codului de procedură civilă, care, la art. 183 alin. (1), dispune că *„Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen*”.

Prin urmare, raportat la data luării la cunoștință a actului atacat, respectiv ...., data comunicării adresei nr. ..., Consiliul constată că asocierea contestatoare a respectat termenul de 10 zile, calculat ținând cont de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, potrivit contestatorului, autoritatea contractantă a asimilat în mod greșit subcontractantul din procedura de parteneriat public-privat cu cel definit de art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016. Mai mult, în opinia sa, nu este interzisă deținerea unei duble calități, respectiv de asociat și subcontractant, modul de întocmire a solicitării sale de participare având la bază Răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 32, răspunsul la întrebarea nr.8, prin care s-ar fi impus candidaților nominalizarea antreprenorilor proiectare și execuție, respectiv operare și mentenanță.

În soluționare, Consiliul reține că legislația aplicabilă prezentei proceduri de atribuire, conform mențiunilor de la cap. III.1.9 din fișa de date a achiziției, este Legea nr. 98/2016, Legea nr. 101/2016, OUG nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat, Hotărârea nr. 357/2018, precum și Hotărârea nr. 667/2018 privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru Autostrada .... Așa cum s-a menționat mai sus, procedura de atribuire a contractului de parteneriat public-privat pentru realizarea obiectivului Autostrada ..., este procedura de negociere competitivă, reglementată de dispozițiile art. 80-85 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, aspect, de altfel, confirmat și de către autoritatea contractantă prin răspunsul 1 din Clarificarea nr. 6.

Potrivit art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sensul acestui act normativ, termenul de subcontractant are următorul înțeles: lit. yy) *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop*”, în timp ce calitatea de candidat o are *„orice operator economic care a depus o solicitare de participare în cadrul unei proceduri de (...) negociere competitivă, (...)*”, conform lit. g) a aceluiași temei legal.

Astfel, ca un prim aspect, Consiliul observă că legiuitorul a realizat o distincție clară între calitatea de candidat și cea de subcontractant pe care un operator economic o poate avea în accepțiunea legii cadru privind achizițiile publice, în baza căreia a fost organizată prezenta procedură.

În speța dedusă judecății, potrivit regulilor instituite de autoritatea contractantă la nivelul documentației de atribuire, cap. III.1.3.a), operatorilor economici candidați/ofertanți li se solicita precizarea părții/părților din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze,

precum și precizarea în DUAE a numărului și datei contractului de subcontractare pentru partea propusă pentru subcontractare, rezultând așadar că, dacă este cazul, acest contract de subcontractare ar trebui să fie deja încheiat la momentul depunerii solicitării de participare.

Distincția dintre candidat și subcontractant rezultă în mod clar și din alte secțiuni ale fișei de date, unde se specifică faptul că atât ofertanții/candidații, cât și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în niciuna din situațiile similare prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016, modalitatea de îndeplinire a cerinței urmând a se realiza prin completarea DUAE.

Regulile completării DUAE în situația în care candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract se regăsesc stipulate la art. 193 alin. (3) din actul normativ antemenționat, conform căruia *„În cazul în care ofertantul/candidatul intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţii privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată şi **va avea anexat acordul de subcontractare**. Subcontractanţii pe a căror capacităţi se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a), precum şi cele de la alin. (1) lit. b) şi c) care prezintă relevanţă din perspectiva capacităţilor subcontractanţilor pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. **În cazul subcontractanţilor pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conţine numai informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a)**.”*

Cele expuse mai sus conduc la infirmarea susținerilor contestatorului conform cărora documentația de atribuire și legislația aplicabilă impun depunerea acordului de subcontractare doar dacă ofertantul demonstrează îndeplinirea cerinței de calificare prin invocarea capacității tehnice și profesionale/situației economice și financiare a subcontractantului.

Cât privește clarificările oferite de autoritatea contractantă, anterior etapei de depunere a candidaturilor, Consiliul observă că, prin intermediul acestora, autoritatea a confirmat faptul că este necesară nominalizarea subcontractanților în cuprinsul DUAE, atunci când este cazul, aspect concordant regulilor documentației de atribuire și legislației aplicabile, însă niciunde în cuprinsul lor nu pot fi identificate mențiuni de unde să rezulte că o astfel de precizare este necesară și în cazul în care candidatul și subcontractantul din cadrul viitorului contract de parteneriat public-privat este același.

În susținerea greșitei interpretări pe care contestatorul a dat-o regulilor documentației de atribuire și răspunsurilor autorității contractante, referitor la necesitatea depunerii acordului de subcontractare, stă inclusiv răspunsul la întrebarea 5, lit. b) din clarificarea nr. 23, prin care se confirmă faptul că acordul/contractul de subcontractare *„poate fi depus în partea a doua sau oricând pe parcursul evaluării ofertelor, la cererea autorității contractante*”, prin urmare, anterior stabilirii câștigătorului, încheierii contractului și

înființării societății de proiect. Așadar, în condițiile în care acordul avut în vedere de contestator poate fi încheiat doar ulterior semnării contractului, rezultă că nu exista posibilitatea prezentării lui în niciun moment al desfășurării procedurii de atribuire a contractului în cauză.

Pe de altă parte, imposibilitatea deținerii dublei calități de candidat și subcontractant în cadrul aceleiași candidaturi/oferte, pe lângă aspectele evidențiate mai sus, reiese și din reglementarea expresă prin care legiuitorul a dat posibilitatea candidaților/ofertanților de a înlocui, o singură dată, subcontractantul propus, în situația în care acesta se află într-o situație de excludere din procedură. Or, un astfel de demers nu ar fi sub nicio formă posibil în situația unei identități între candidat și subcontractant, o altfel de interpretare fiind contrară principiului de drept *Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* (Legea trebuie interpretată în sensul producerii efectelor ei și nu în sensul neaplicării ei).

Așadar, în considerarea tuturor dispozițiilor referitoare la subcontractare, o dispoziție expresă a legiuitorului prin care să se interzică dubla calitate de ofertant/candidat/asociat/terț/subcontractant în cadrul aceleiași oferte/candidaturi, nu se impunea, ipoteza contestatorului în sensul că legislația în materia achizițiilor publice interzice doar calitatea de candidat/ofertant și subcontractant în cadrul altei candidaturi/oferte, în lumina respectării regulilor privind concurența loială, neavând astfel niciun fundament legal.

În concluzie, în cadrul aceleiași oferte/candidaturi, un operator economic nu poate deține și calitatea de ofertant/candidat individual sau asociat, pe de o parte, și calitatea de subcontractant sau terț susținător, pe de altă parte, o astfel de abordare a modului de întocmire a ofertei/candidaturii neavând vreun suport logic sau legal, dat fiind că, atunci când un candidat/ofertant decide declararea unui subcontractant, acesta este ținut la prezentarea tuturor documentelor solicitate potrivit legii și documentației de atribuire, inclusiv a acordului de subcontractare, documente care trebuie să se regăsească în oferta/candidatura depusă pentru a permite membrilor comisiei de evaluare analizarea conformității acestora cu cerințele impuse, anterior stabilirii unui câștigător.

Pe cale de consecință, Consiliul stabilește că nu există niciun raționament pentru care candidații/ofertanții asociați participanți în prezenta procedură trebuiau să se nominalizeze, în cadrul solicitării de participare, și ca subcontractanți, atunci când această de urmă calitate putea fi obținută doar ulterior semnării contractului de parteneriat public-privat și înființării societății de proiect și survenea automat prin prisma specificului acestui contract, așa cum rezultă din susținerile contestatorului.

Practic, contestatorul realizează un mix între legislația achizițiilor publice, în baza căreia se derulează procedura, și legislația care reglementează parteneriatul public-privat, cu toate că prevederile acestora nu vin în contradicție, ele reglementând etape distincte între

momentul derulării procedurii pentru stabilirea partenerului privat și etapa ulterioară de încheiere a contractului și executării acestuia.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse mai sus, Consiliul reține că, în prezenta procedură, a fost depusă o solicitare de participare din partea ... și ..., în calitate de candidați asociați, în acest sens asocierea prezentând, printre altele:

- din partea asociatului ...:

- Formularul nr. 1 – Declarația privind conflictul de interese
- Formularul nr. 4 – Declarație privind lista asociaților și/sau subcontractanților
- Formularul nr. 5 – Declarație privind calitatea de participant la procedură
- DUAE, din cuprinsul căruia rezultă că este nominalizat ca subcontractant în procent de 50% a lucrărilor de proiectare și construcție ... ...

- din partea asociatului ...:

- Formularul nr. 1 – Declarația privind conflictul de interese
- Formularul nr. 4 – Declarație privind lista asociaților și/sau subcontractanților
- Formularul nr. 5 – Declarație privind calitatea de participant la procedură
- DUAE din cuprinsul căruia rezultă că este nominalizat ca subcontractant ... (50%) și ... ... (50%)

- din partea subcontractantului ... ...:

- Formularul nr. 1 – Declarația privind conflictul de interese
-Formularul nr. 4 – Declarație privind lista asociaților și/sau subcontractanților
- Formularul nr. 5 – Declarație privind calitatea de participant la procedură
- DUAE

Având în vedere că în DUAE-ul asociatului ... apare că acesta are calitatea atât de asociat, cât și de subcontractant, comisia de evaluare a solicitat clarificarea nr. 1, prin care, după expunerea situației necesar a fi lămurită, a cerut confirmarea/infirmarea *„înțelegerii autorității contractante astfel: Asocierea ... - ... (asociați în proporție de 50%-50%)- ce are ca subcontractant ... ... (lider de asociere ...). Dacă confirmați, vă rugăm să revizuiți și să transmiteți DUAE în conformitate*".

Prin răspunsul său, asocierea a confirmat autorității contractante următoarele:

„Asocierea este formată din ... (ofertant asociat și lider de asociere) și ... (ofertant asociat) și propune doi subcontractanți (1) ... ... (cu un procent de 50% din contract) și (2) ... (cu procent de 50% din contract). Subcontractanții vor încheia contract cu Compania de proiect.

Astfel, formularul DUAE completat de ... (liderul de asociere) dintr-o eroare materială a fost menționat ca subcontractant doar ... . În ambele formulare DUAE ar trebui menționate în categoria subcontractanților atât ... ..., cât și ....

Atașăm prezentei formularul DUAE și formularul nr.4 (Declarație privind lista asociaților și/sau subcontractanților) revizuite în mod corect de liderul de asociere, ...”.

Așadar, structura candidaturii propuse de asociere prevedea, pe de o parte, ... și ... în calitate de asociați, care are doi subcontractanți ... ... –ca o entitate terță, precum și ....

Având în vedere răspunsul primit din partea candidatului, comisia de evaluare, în considerarea obligațiilor care cad în sarcina sa, regăsite la art. 127 din HG nr. 395/2016, respectiv verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către candidați/ofertanți, a decis revenirea cu o nouă solicitare de clarificări pentru stabilirea clară și fără echivoc a statutului și relației juridice dintre asociați și subcontractanți, *„din cauză că ... (ofertant asociat) este declarat în același timp atât asociat cât și subcontractant*”, în acest sens cerând candidatului documente care atestă/confirmă statutul asocierii cât și relația juridică între asocierea formată din ... (ofertant asociat și lider de asociere) și ... (ofertant asociat) și subcontractanții declarați, respectiv ... ... SL și ..., și anume acordul de asociere și acordul de subcontractare.

În răspunsul său transmis prin adresa înregistrată sub nr. ....., ofertantul contestator, invocând dispozițiile OUG nr. 39/2018 și HG nr. 667/2018, a explicat faptul că între asociați și subcontractanții declarați nu există o relație juridică contractuală în cadrul proiectului, la acest moment, subcontractanții declarați urmând să încheie contracte de construire, întreținere și operare cu societatea de proiect în termenele și condițiile ce se vor agrea cu finanțatorii.

De asemenea, a indicat dispozițiile art. 4.1 din Acordul de asociere conform căruia *„membrii Asocierii vor desemna ca subcontractori pe ... ... și ... (împreună denumite Antreprenor) în procent de participare de 50% la sută fiecare, să proiecteze și să construiască parte a Proiectului în așa manieră încât să îndeplinească cerințele Beneficiarului pentru proiect, așa cum se stabilește în documentația Proiectului, sub contact unic back-to-back, la cheie, cu preț fix, și suma forfetară („Contract de construcție”). Termenii și condițiile Contractului de Construcție vor fi agreați pe baza termenilor propuși în oferta finală, aferentă Contractului de parteneriat public-privat*”, precizând totodată că *„nu există la acest moment un contract încheiat între asociere și subcontractanții declarați (... ... și ...). Contractul de construire va fi încheiat ulterior de către societatea de proiect, în termenii și condițiile Contractului de parteneriat public-privat și respectând cerințele finanțatorilor*”.

Pe de o parte, Consiliul constată că trimiterile contestatorului la dispozițiile OUG nr. 39/2018 și HG nr. 667/2018 nu conduc la obligativitatea/necesitatea declarării participanților la procedură atât ca ofertant/candidat, cât și ca subcontractant.

Mai mult, se constată că, prin acest răspuns, contestatorul a confirmat încă o dată structura candidaturii sale, respectiv faptul că asociatul ... este declarat, în același timp, și subcontractant, precum și

faptul că nu poate pune la dispoziție acordul de subcontractare între asociere și subcontractanți, deoarece acesta nu numai că nu există, la acest moment, dar nici nu ar putea fi semnat, calitatea de subcontractant urmând a fi dobândită nu față de asocierea din prezenta procedură, ci față de societatea de proiect ce va fi înființată. Prin urmare, din acest răspuns rezultă că un astfel de acord de subcontractare nu ar putea fi depus nicicând în cadrul prezentei proceduri, ci doar ulterior desemnării câștigătorului, încheierii contractului de parteneriat public-privat și înființării societății de proiect, societate care se va constitui de către partenerul public și partenerul privat (viitorul câștigător al prezentei proceduri).

Or, în condițiile în care cerința documentației de atribuire a fost în sensul prezentării, în cadrul candidaturii/ofertei, a acordului de subcontractare, atunci când este declarat un subcontractant, o eventuală acceptare a unei solicitări de participare care nu respectă această cerință ar fi contrară atât dispozițiilor art. 137 din HG nr. 395/2016, cât și principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Relevant în soluționare este reținut faptul că nicicând în etapa de evaluare a solicitării sale de participare, contestatorul nu a înțeles să remedieze neconcordanțele sesizate de comisia de evaluare și să depună un DUAE revizuit în care să fie prezentată, în mod corespunzător, structura candidaturii propuse în procedură, în sensul eliminării precizărilor referitoare la calitatea de subcontractant a asociatului ..., ci, dimpotrivă, inclusiv prin contestația înaintată, acesta apreciază corectă și concordantă dispozițiilor legale conținutul solicitării sale de participare, alături de documentele însoțitoare.

În acest context, se reține că responsabilitatea elaborării și depunerii unei oferte/candidaturii aparține autorului acesteia, autoritatea contractantă având obligația de a o analiza numai prin prisma cerințelor stabilite prin documentația de atribuire, neputându-se substitui voinței ofertantului/candidatului, cum, de altfel, nici Consiliul nu o poate face.

Astfel, în solicitarea de participare analizată apar declarați doi subcontractanți, formă menținută de cei doi asociați și ulterior clarificărilor transmise comisiei de evaluare, drept care, pentru validarea candidaturii depuse era necesară și prezentarea acordului de subcontractare, conform cerinței de calificare regăsită în documentația de atribuire.

Aspectul formal invocat de contestator nu poate conduce la invalidarea informațiilor prezentate în solicitarea de participare depusă în cadrul procedurii, în lipsa unei voințe exprese a acestuia transmisă, ca atare, comisiei de evaluare.

Documentația de atribuire, la care se adaugă clarificările postate în SICAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți

la procedura de atribuire, inclusiv pentru contestator, niciuna dintre ele neputându-i ignora sau nesocoti clauzele.

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 candidaturilor/ofertelor la procedură, se presupune că autorii acestora și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, în afara excepțiilor expres prevăzute de lege.

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 de participare necontestate.

Nu lipsit de importanță este și faptul că, deși a primit din partea comisiei de evaluare o solicitare expresă de depunere a acordului de subcontractare, contestatorul, cu toate că știa că un astfel de document nu ar putea fi emis nicicând în cursul desfășurării procedurii, nu a efectuat niciun demers pentru invalidarea cererii în cauză, devenind astfel debitorul obligației de a răspunde în sensul depunerii actelor solicitate, sub sancțiunea respingerii ofertei/candidaturii.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..., în calitate de candidat asociat şi lider al asocierii ... - ..., şi de ..., în calitate de candidat asociat.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în calitate de candidat asociat şi lider al asocierii ... - ..., şi de ..., în calitate de candidat asociat, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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