

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

DECIZIE

Nr. 2838/C1/3051

Data: 04.12.2023

Prin contestația nr. 1196/30.10.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 59303/30.10.2023, formulată de SRL în calitate de lider al Asocierii SRL - SRL, cu sediul în, str., ... înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin SCA „.....”, cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în, strada, ... împotriva documentației de atribuire, emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str. Olteniței nr. 35-37, ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „P1/2023 - 2 loturi - Elaborarea documentațiilor tehnico-economice fazele: DAU (inclusiv Expertiza Tehnică (inclusiv realizarea studiilor de teren, a documentațiilor necesare obținerii avizelor/acordurilor legale) pentru obiectivele de investiții: Lot I - Reabilitarea amenajării de irigații incinta BH - Călmățui - Subsistemul Stâlp - Costești Jud. Buzău; Lot II - Reabilitarea stațiilor de repompare SRP 2, SRP 3, SRP 4, SRP 9 a canalelor de aducțiune CA1, CA2, a canalelor de distribuție CD1, CD2, CD3, CD4, CD9, CD3a, CPE 1 și a construcțiilor hidrotehnice aferente din amenajarea de irigații Pietroiu Ștefan cel Mare jud. Ialomița”, cod CPV: 79930000-2, s-a solicitat:

1. anularea rezultatului procedurii de atribuire și a adresei de comunicare, precum și a tuturor actelor subsecvente emiterii adresei atacate, aferente Lotului II;

2. obligarea autorității contractante să reevalueze oferta depusă de Asocieria SRL - SRL pentru lotul II.

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

Contestatorul precizează că a participat, în calitate de lider al asocierii SRL - SRL, la atribuirea lotului II - „Reabilitarea stațiilor de repompare SRP 2, SRP 3, SRP 4, SRP 9 a canalelor de

aducțiune CA1, CA2, a canalelor de distribuție CD1, CD2, CD3, CD4, CD9, CD3a, CPE1 și a construcțiilor hidrotehnice aferente din amenajarea de irigații Pietroiu Ștefan cel Mare jud. Ialomița, cod CPV 79930000-2, în valoare estimată de 3.463.000 lei fără TVA, din care: DALI - 1.788.700 lei fără TVA; Expertiza tehnică - 596.200 lei fără TVA; Studii de teren - 851.200 lei fără TVA; Cheltuieli necesare elaborării documentațiilor în vederea obținerii avizelor, autorizațiilor și acordurilor legale - 226.900 lei fără TVA.

Contestatorul precizează că, în urma evaluării ofertelor depuse, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii având nr. 21722/19.10.2023, că oferta sa a fost declarată neconformă și inacceptabilă, în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Apreciază însă că decizia de declarare ca neconformă și inacceptabilă a ofertei sale este nelegală și netemeinică, sens în care arată următoarele:

I. Potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, prin furnizor se înțelege „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”.

Pe de altă parte, prin art. 3 alin. 1 lit. yy) din Legea nr. 98/2016, prin subcontractant se înțelege „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”.

Așadar, arată că legea face diferența între un furnizor și un subcontractant, pentru a putea fi determinați astfel operatorii economici cărora trebuie să li se aplice rigorile prevăzute pentru subcontractanți.

Amintește, din această perspectivă, că legislația din materia achizițiilor publice reglementează, în ipoteza subcontractării, o serie de obligații în sarcina ofertanților, subcontractanților și autorităților contractante, care nu există în cazul furnizorilor, dintre care amintește:

- obligația ofertantului de a include în ofertă informații referitoare la partea din contract care urmează să fie îndeplinită de subcontractanți și valoarea acesteia, precum și datele de identificare ale subcontractanților, dacă acestea sunt cunoscute la momentul depunerii ofertei;

- obligațiile privind evitarea conflictului de interese de către subcontractanții declarați;

- obligația autorității contractante de a verifica existența unei situații de excludere în legătură cu subcontractanții propuși de ofertant;

- între ofertant și subcontractant trebuie să fie încheiat un acord de subcontractare, care se anexează la formularul DUAЕ depus de ofertant;
- autoritatea contractantă poate solicita ofertantului să transmită informații și documente relevante la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea din contract pe care aceștia urmează să o îndeplinească efectiv, etc.

După cum s-a arătat, dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, prevăd în mod expres că, dacă o entitate pune la dispoziția contractantului produse și servicii, acesta are calitatea de furnizor, cu excepția cazului în care acesta are calitatea de subcontractant. Prin urmare, încheierea unui acord de subcontractare, între ofertant și furnizor, îi conferă acestuia din urmă, calitatea de subcontractant al aceluiași ofertant.

Așadar, în opinia sa, ofertantul este cel care decide dacă să încheie sau nu un acord de subcontractare cu furnizorul.

Contestatorul susține că interpretarea conform căreia delimitarea între calitatea de furnizor și cea de subcontractor se face independent de voința ofertantului este, în mod evident, greșită și în contradicție cu dispoziția legală evocată anterior. În același timp, consideră că acest fapt ar face practic ca textul de lege să fie inutil.

Apoi, a considera că un furnizor al ofertantului are, de fapt, calitatea de subcontractant, echivalează cu impunerea unor obligații în plus, atât în sarcina acestui operator economic, cât și a ofertantului.

Astfel susține că, numai în măsura în care ia decizia de a subcontracta, ofertantul trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute de legislația achizițiilor publice în legătură cu subcontractarea. De altfel, raționamentul mai sus prezentat a fost confirmat de o decizie recentă a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, prin care Consiliul a admis contestația formulată de un ofertant a cărui ofertă a fost respinsă de autoritatea contractantă, ca inacceptabilă, pe motiv că ofertantul a declarat un furnizor de echipamente ca subcontractant (decizia CNSC nr. 2542/C3/2976/05.12.2023).

Plecând de la cele indicate anterior, contestatorul poate concluziona că este la latitudinea operatorilor economici dacă declară o companie care le furnizează materiale/bunuri sau, după caz, le prestează servicii, în cadrul unui contract de achiziție publică, ca subcontractant sau furnizor, diferența dintre cele două calități fiind dată de tipul de contract semnat între cele două companii.

II. În situația în care, totuși, se va aprecia că autoritatea contractantă a procedat, în mod corect, la calificarea operatorilor economici ca subcontractanți, contestatorul apreciază că măsura declarării ofertei ca inacceptabilă și neconformă este una excesivă, existând alte remedii puse la dispoziția autorității contractante, pentru a evita luarea unei asemenea măsuri față de ofertant.

Contestatorul precizează că, în cauză, autoritatea contractantă a procedat, în mod direct, la declararea ofertei ca inacceptabilă și neconformă, fără ca, în prealabil, să-i transmită o solicitare de clarificări. În acest sens, arată că, dispozițiile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, stabilesc în sarcina comisiei de evaluare că aceasta „are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”.

În continuare, arată că alineatul 5 al aceluiași articol precizează: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

În aceste condiții, în ipoteza analizată - în care autoritatea contractantă a asimilat furnizorul unui subcontractant și a constatat că nu sunt îndeplinite cerințele prevăzute de lege pentru situația subcontractării - autoritatea contractantă trebuia să-i solicite să clarifice calitatea operatorilor economici respectivi, și anume, dacă sunt subcontractanți sau furnizori.

Ulterior, contestatorul susține că, luând la cunoștință de poziția autorității contractante, astfel exprimată, desigur că declară acești operatori economici ca fiind subcontractanți (neavând niciun interes să aibă o poziție care ar fi condus la declararea ofertei ca inacceptabilă), urmând a fi depus formularul DUAЕ pentru aceștia.

În susținere, invocă prevederile art. 174 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Aceste texte de lege, în opinia sa, acoperă ipoteza în care autoritatea contractantă a asimilat furnizorul unui subcontractant și, deopotrivă, stabilesc conduita pe care autoritatea contractantă trebuie să o urmeze în acest caz.

Contestatorul susține că a considerat, în mod corect că, pentru operatorii economici indicați la categoria personal de specialitate, nu este necesară declararea lor ca subcontractanți, având doar calitatea de furnizori, prin raportare la activitățile aflate în sarcina acestora. Aceasta întrucât, operatorii economici în cauză nu sunt implicați, în mod direct, în executarea contractului de achiziție publică.

Or, declararea ofertei ca neconformă și inacceptabilă, trebuia să aibă loc numai în cazul în care nu mai era posibilă salvagardarea acesteia și menținerea agentului economic în procedura de achiziție.

Apreciază că legiuitorul, prin normele juridice edictate în materia achizițiilor publice, a urmărit să creeze un mecanism destinat să salvgardeze cel dintâi act (oferta), în jurul căreia va (putea) gravita, ulterior, întreg procesul de achiziție. De aceea, s-a prevăzut posibilitatea corectării omisiunilor și/sau a completării actelor potrivit cerințelor menționate în documentația de atribuire. Așadar, susține că ofertantului i s-a conferit un beneficiu: oferta sa nu este respinsă ab initio, ci, numai dacă, ulterior stabilirii obligației respective în sarcina sa, acesta nu și-o îndeplinește. Câtă vreme, ofertantul este îndrumat să corijeze, să completeze, consideră că se poate vorbi despre acordarea unei posibilități proporționale cu scopul urmărit.

În atare situație, consideră că respingerea ofertei pentru motivul arătat mai sus este una excesivă și disproporționată în raport de scopul final al procesului de achiziție și de complexitatea întregii documentații depuse de ofertant.

Pe cale de consecință, solicită cele precizate în preambulul prezentei decizii.

Prin adresa nr. 22965/06.11.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 60629/06.11.2023 autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație.

În fapt, ..., precizează că, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/Elaborarea documentațiilor tehnico-economice fazele: DALI, inclusiv expertiza tehnică, realizarea studiilor de teren, a documentațiilor necesare obținerii avizelor/acordurilor legale) pentru obiectivele de investiții:

Lot I – „Reabilitarea amenajării de irigații incinta BH Călmățui-Subsistemul Stâlp - Costești Jud. Buzău”,

Lot II - „Reabilitarea stațiilor de repompare SRP 2, SRP 3, SRP 4, SRP 9 a canalelor de aducțiune CA1, CA2, a canalelor de distribuție CD1, CD2, CD3, CD4, CD9, CD3a, CPE 1 și a construcțiilor hidrotehnice aferente din amenajarea de irigații Pietroiu Ștefan Cel Mare jud. Ialomița”.

Urmare a evaluării informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, a propunerii tehnice depusă de Asocieria SRL - SC SRL, în cadrul procedurii, referitor la Lotul II contestat, comisia de evaluare a constatat că ofertantul a atașat contracte de prestări servicii pentru activitatea de bază a obiectului contractului, și, anume, pentru:

- inginer topometrist, categoria B, autorizat ANCPI, conform Ordin 107/2010, s-a prezentat contract de prestări servicii nr.15/DTG/15.05.2023, încheiat cu SRL, ce nu are calitatea de subcontractant;

- inginer geolog s-a prezentat contract nr. 269/02.05.2023 de prestări servicii, încheiat cu SRL, ce nu are calitatea de subcontractant;

- specialist acreditat/atestat coordonator în materie de securitate și sănătate în muncă, s-a prezentat contract de prestări servicii nr.341/01.09.2022, încheiat cu, ce nu are calitatea de subcontractant.

Autoritatea contractantă arată că, potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin „furnizor” se înțelege „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”, iar, conform lit. yy) din cadrul aceluiași articol prin „subcontractant” se înțelege „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”.

Autoritatea contractantă susține că, din paragraful art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, se înțelege, foarte clar, faptul că furnizorul încheie un contract cu autoritatea contractantă (contractantul), ceea ce nu este cazul pentru că, în speța de față, furnizorul declarat are un contract de prestări servicii cu ofertantul și nu și-a manifestat intenția de a încheia un contract cu autoritatea contractantă.

Arată, totodată, că, societatea contestatoare oferă ca exemplu Decizia Consiliului nr. 2542/C3/2976 din data de 5 decembrie 2022, prin care expune speța ce a avut ca obiect achiziția de echipamente și găsește similarități în situația în care se cunoaște, foarte bine, obiectul achiziției pentru care a depus ofertă și anume prestări servicii de proiectare, deci o astfel de comparație nu poate fi luată în considerare.

Cu privire la faptul că acesteia nu i s-au cerut clarificări pentru lămurirea calității de subcontractant sau de furnizor, în condițiile în care, în cadrul documentelor depuse, se regăsesc următoarele: contract de prestări servicii nr. 269/02.05.2023 cu firma SRL contract de prestări servicii nr. 15/DTG/15.05.2023 cu firma SRL; contract de prestări servicii nr.341/01.09.2022 cu firma, comisia de evaluare nu a avut temei în formularea unei astfel de clarificări, ce ar fi avut ca efect prelungirea, în mod artificial, a perioadei de evaluare.

În continuare, autoritatea contractantă arată că societatea contestatoare declară, în conținutul contestației, operatorii economici -declarați în contractele de prestări servicii - ca fiind subcontractanți și că va depune și formularele DUAЕ. În opinia sa, această opțiune este inacceptabilă, având în vedere respectarea principiilor statuate la art. 2

alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care au stat la baza evaluării tuturor ofertelor din procedură.

Având în vedere că obiectul contractului este - Elaborarea documentațiilor tehnico-economice fazele: DALI, inclusiv Expertiza Tehnică (inclusiv realizarea studiilor de teren, a documentațiilor necesare obținerii avizelor/acordurilor legale), se consideră că activitatea personalului de specialitate (inginer topometrist, inginerul geolog și specialist acreditat/atestat coordonator în materie de securitate și sănătate în muncă) nu poate fi considerată secundară, pentru a putea fi externalizată unor operatori economici care nu au calitatea de subcontractanți. Mai mult, pentru că personalul de specialitate are un rol foarte important în realizarea serviciilor de proiectare, autoritatea contractantă a stabilit factori de evaluare cu privire la aceștia, ce se regăsesc în procesul verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare.

În consecință, precizează că oferta contestatorului a fost declarată neconformă și inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și consideră decizia îndreptățită și corectă, având în vedere modul de prezentare a ofertei depusă de contestator.

De asemenea, precizează faptul că această procedură a fost în verificare ex ante ANAP, pentru care s-a primit aviz pentru procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, unde oferta a fost declarată neconformă și inacceptabilă.

Având în vedere toate argumentele prezentate anterior, solicită respingerea contestației operatorului economic SRL, ca nefondată.

Prin adresa nr. 1212/02.11.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 60271/03.11.2023, ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209648282/1, tranzacția: 1386943460/142208263 din data de 01.11.2023, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 69.260,00 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect „P1/2023 - 2 loturi - Elaborarea documentațiilor tehnico-economice fazele: DAU (inclusiv Expertiza Tehnică (inclusiv realizarea studiilor de teren, a documentațiilor necesare obținerii avizelor/acordurilor legale) pentru obiectivele de investiții: Lot I - Reabilitarea amenajării de irigații incinta BH - Călmățui - Subsistemul Stâlp - Costești Jud. Buzău; Lot II - Reabilitarea stațiilor de repompare SRP 2, SRP 3, SRP 4, SRP 9 a canalelor de aducțiune CA1, CA2, a canalelor de distribuție CD1, CD2,

CD3, CD4, CD9, CD3a, CPE 1 și a construcțiilor hidrotehnice aferente din amenajarea de irigații Pietroiu Ștefan cel Mare jud. Ialomița”, cod CPV: 79930000-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare CN1054030/09.04.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 3.615.100,84 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Procedând la soluționarea contestației, Consiliul reține că SRL în calitate de lider al Asocierii SRL – SRL, critică modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta sa, dat fiind că aceasta a fost declarată neconformă și inacceptabilă, în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, rezultat comunicat contestatorului prin adresa nr. 21722/19.10.2023.

Prin contestația formulată, solicită cele precizate în preambulul prezentei decizii.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare:

O primă critică a contestatorului se referă la faptul că oferta sa a fost declarată neconformă, autoritatea contractantă considerând, în referire la lotul II al procedurii, că Asocierea SRL - SC SRL a atașat contracte de prestări servicii (furnizori), pentru personal care desfășoară activități de bază ale proiectului, respectiv, pentru:

- inginer topometrist categoria B autorizat ANCPI conform Ordin 107/2010;

- inginer geolog;

- specialist acreditat/atestat coordonator în materie de securitate și sănătate în muncă,

deși, toate aceste activități trebuiau asigurate prin subcontractanți, nicidecum, prin furnizori.

Având a determina în ce măsură activitățile desfășurate de inginerul topometrist, inginerul geolog și specialistul acreditat/atestat coordonator în materie de securitate și sănătate în muncă, fac parte din obiectul procedurii ce urmează a se atribui, Consiliul reține că autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire a unui contract de prestare servicii, având ca obiect „P1/2023 - 2 loturi - Elaborarea documentațiilor tehnico-economice fazele: DAU (inclusiv Expertiza Tehnică (inclusiv realizarea studiilor de teren, a documentațiilor necesare obținerii avizelor/acordurilor legale) pentru obiectivele de investiții: Lot I - Reabilitarea amenajării de irigații incinta BH - Călmățui - Subsistemul Stâlp - Costești Jud. Buzău; Lot II - Reabilitarea stațiilor de repompă SRP 2, SRP 3, SRP 4, SRP 9 a canalelor de aducțiune CA1, CA2, a canalelor de distribuție CD1, CD2, CD3, CD4, CD9, CD3a, CPE 1 și a

construcțiilor hidrotehnice aferente din amenajarea de irigații Pietroiu Ștefan cel Mare jud. Ialomița”, a cărei necesitate a fost expres detaliată, în cadrul caietului de sarcini, relevante în soluționare fiind următoarele prevederi ale acestuia:

„8.2. ELABORARE DALI (conform HG nr. 907/2016)

Conținutul cadru pentru Documentația de Avizare a Lucrărilor de Intervenții (D.A.L.I.) va fi conform HG nr.907/2016, ANEXA 5, si va conține: (...)

Descrierea construcției existente

3.1 Particularități ale amplasamentului:

2.1.a) descrierea amplasamentului (localizare-intravilan/extravilan, suprafața terenului, dimensiuni in plan);

2.1.b) relațiile cu zone învecinate, accesuri existente și/sau căi de acces posibile;

2.1.c) datele seismice și climatice;

2.1.d) studii de teren:

(2.1.d.i) studiu geotehnic pentru soluția de consolidare a infrastructurii conform reglementărilor tehnice in vigoare;

(2.1.d.ii) studii de specialitate necesare, precum studii topografice, geologice, de stabilitate ale terenului, hidrologice, hidrogeotehnice, după caz;(…)

7. Urbanism, acorduri și avize conforme

7.1. Certificatul de urbanism emis in vederea obținerii autorizației de construire

7.2. Studiu topografic, vizat de către Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliară

7.2.1. Extras de carte funciară, cu excepția cazurilor speciale, expres prevăzute de lege

7.3. Avize privind asigurarea utilităților, in cazul suplimentării capacității existente

7.3.1. Actul administrativ al autorității competente pentru protecția mediului, măsuri de diminuare a impactului, măsuri de compensare, modalitatea de integrare a prevederilor acordului de mediu, de principiu, in documentația tehnico-economică

7.3.2. Avize, acorduri și studii specifice, după caz, care pot condiționa soluțiile tehnice, precum:

a). studiu privind posibilitatea utilizării unor sisteme alternative de eficiență ridicată pentru creșterea performanței energetice;

b). studiu de trafic și studiu de circulație, după caz;

c). raport de diagnostic arheologic, in cazul intervențiilor in situri arheologice;

d). studiu istoric, in cazul monumentelor istorice;

e). studii de specialitate necesare in funcție de specificul investiției”.

În anunțul de participare, autoritatea contractantă a precizat: *«Proporția de subcontractare: În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligația de a completa DUAЕ, partea II „Informații referitoare la operatorul economic”, secțiunea D „Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează”, și partea IV „Criteriile de selecție” - Secțiunea C „Capacitatea tehnică și profesională” - subsecțiunea „Proporția de subcontractare”. De asemenea, fiecare subcontractant va completa un formular DUAЕ separat care să cuprindă informațiile solicitate în: - partea II „Informații referitoare la operatorul economic” - secțiunea A „Informații privind operatorul economic” și B „Informații privind reprezentanții operatorului economic”, - partea III „Motive de excludere”. - Se va prezenta acordul de subcontractare. Acesta trebuie să conțină cel puțin următoarele elemente: numele, datele de contact, reprezentanții legali ai subcontractantului; activitățile ce urmează a fi subcontractate; valoarea la care se ridică partea/pârțile subcontractate; opțiunea privind realizarea plăților direct către subcontractant. - Toți ofertanții, odată cu depunerea formularului DUAЕ în SEAP vor prezenta acordul de asociere și acordul de subcontractare . Documentele justificative care probează cele asumate în angajamente/acorduri vor fi prezentate la data încărcării în SEAP a formularului DUAЕ. Documentele vor fi valabile la data prezentării acestora».*

Examinând susținerile contestatorului și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul constată că problema de drept care trebuie dezlegată în prezenta speță este dacă ofertantul contestator trebuia sau nu, să declare ca subcontractanți, persoanele care urmează a presta serviciile topografice, geotehnice și de securitate și sănătate în muncă.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 este definită noțiunea de subcontractant ca fiind: *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”.*

Din interpretarea normei juridice anterior iterate, rezultă că pentru a fi considerat **subcontractant**, este necesar ca activitățile executate de un operator economic nominalizat în cadrul ofertei să facă parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit, spre deosebire de noțiunea de **furnizor**, definită la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016 ca fiind *„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”.*

Comparând definiția dată subcontractantului, potrivit prevederilor legale anterior iterate cu activitățile/serviciile care urmează a fi prestate, Consiliul reține că aceste activități nu doar că fac parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit, fiind evidențiate, în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, dar, reprezintă și o cerință importantă care nu poate fi îndeplinită decât de persoane juridice atestate, nerespectarea acestor condiții fiind de natură a periclita întreaga execuție a contractului ce urmează a se atribui.

De reținut este argumentul autorității contractante, expus în punctul de vedere transmis Consiliului, potrivit căruia, personalul de specialitate are un rol foarte important în realizarea serviciilor de proiectare, fiind stabiliți factori de evaluare cu privire la aceștia, ce se regăsesc în procesul verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare.

După cum a fost reținut anterior, diferența dintre noțiunea de subcontractant și cea de furnizor îl constituie măsura în care serviciile/prestările asigurate de acest operator economic fac parte sau nu din obiectul contractului. Astfel, cu titlu de exemplu, Consiliu reține că eventualul prestator al unor activități care doar sprijină îndeplinirea obiectivelor principale ale contractului, respectiv servicii / operațiuni auxiliare și/sau care țin de logistică, cum ar fi, fără a se limita la:

- cheltuielile de traduceri și interpretare;
 - transport intern/internațional și cheltuieli de cazare în scopul contractului (de exemplu, pentru organizarea unor ateliere de lucru, ședințe de monitorizare, vizite la fața locului);
 - cheltuieli administrative (de exemplu, pentru papetărie, fotocopiere și alte cheltuieli necesare pentru operaționalizarea activității de implementare a contractului, cum ar fi cele de închiriere a autovehiculelor necesare pentru realizarea vizitelor pe teren etc,
- nu ar putea fi considerat în cadrul prezentei proceduri drept subcontractant deoarece aceste servicii nu fac parte din obiectul contractului, spre deosebire de activitățile privind verificarea proiectului tehnic, care sunt precizate în mod expres în cadrul documentației de atribuire și a căror realizare contribuie la buna execuție a contractului în cauză.

În speța dedusă judecății, atingerea scopului contractului presupune ca ofertantul să probeze, la momentul depunerii ofertei, că este în măsură să asigure servicii de genul celor arătate mai sus, fie personal, fie prin intermediul unei alte persoane, și pe care are obligația de a o indica în oferta sa, ca subcontractant și depuse documente DUAE pentru acesta, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Prin urmare, susținerile contestatorului, potrivit cărora activitățile enumerate mai sus pot fi prestate și de un furnizor de servicii (în baza unei convenții de prestări servicii) fără a fi nevoie de subcontractant și

declarație DUAЕ, nu pot fi reținute, ca întemeiate, de Consiliu, deoarece, definiția dată de legiuitor noțiunii de subcontractant este condiționată de specificul/natura activității (parte din obiectul contractului de achiziție publică) și nu poate fi suplinită de existența/sau nu a unui contract de prestări servicii.

În condițiile în care ofertantul nu poate executa, el însuși, aceste lucrări, ar fi avut posibilitatea de a uza de prevederile legale în domeniu, respectiv de dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 care dispune, în mod expres și imperativ, faptul că, orice operator economic, astfel cum este definit art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant.

Astfel, 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)”*.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictete criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și

modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

În contextul arătat, este evident că declararea unui subcontractant nu este lăsată la latitudinea ofertantului deoarece obligația aceasta se regăsește și în cuprinsul documentației de atribuire, la secțiunea: „III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 164,165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor, inclusiv asociat, subcontractanți/terți susținători. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Informațiile din documente trebuie să fie reale/actuale la data prezentării”.

La secțiunea IV.4.3) – „Modul de prezentare a ofertei”, se precizează, astfel:

„Operatorii economici au obligația de a transmite oferta, DUAE, acord de asociere, de subcontractare, angajament terț susținător (daca este cazul) în format electronic până la data și ora-limita de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare, cf. art. 60 și 61 alin.(1) din HG 395/2016.

În aplicarea prevederilor art. 123 alin (2) și (3) din HG 395/2016, ofertanții vor transmite, prin mijloace electronice, oferta, DUAE completat corespunzător cerințelor din fisa de date și din caietul de sarcini, răspunsurile la clarificări și documentele transmise la solicitarea Autorității Contractante conform art. 196 din Legea 98/2016 semnate cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unei lucrări care să îndeplinească anumite cerințe minime obligatorii și de calitate, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și

elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura, un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) nu au fost impuse participanților anumite cerințe, aparține autorității contractante. Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei, potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, 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.

În cauza **C 131/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Concluzionând, Consiliul reține că, prin nedeclararea, de către contestator, la momentul depunerii ofertelor, a inginerului topometrist, inginerului geolog, ca subcontractanți și nedeplinirea DUAЕ, pentru aceștia, nu s-au respectat cerințele documentației de atribuire și a legislației specifice în materie, în caz contrar, autoritatea contractantă încălcând principiul tratamentului egal, consacrat de Legea nr. 98/2016,

raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele documentației de atribuire și au declarat toți subcontractorii la momentul depunerii ofertelor.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de stabilire a solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) și j) din HG nr. 395/2016 ,cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare în cadrul prezentei proceduri s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este neîntemeiată, urmând a fi respinsă, ca atare.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul nu mai analizează restul criticilor din contestație, câtă vreme, indiferent de natura acestora, nu poate fi înlăturat caracterul inacceptabil al ofertei contestatorului, rezultatul fiind același.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse pe parcursul considerentelor, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

DECIDE:

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

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini