

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ... împotriva raportului privind anularea procedurii nr. ..., respectiv a rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa MJ nr. ..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect ..., s-au solicitat următoarele:

i. în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) - b) al Legii nr. 101/2016, anularea Raportului privind anularea procedurii nr. ..., respectiv a rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa ... nr. ..., prin care oferta ... a fost respinsă ca inacceptabilă;

ii. și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei ..., cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică raportul privind anularea procedurii nr. ..., respectiv rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa ... nr. ..., emise de ..., solicitând cele menționate în partea introductivă.

În cuprinsul contestației, contestatorul face un scurt istoric al procedurii menționând următoarele:

Prin adresa nr.

În data de ..., ... a emis Raportul privind anularea procedurii nr. ... prin care a declarat inacceptabilă oferta sa, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, întrucât: „iv. Având în vedere faptul că în documentele prezentate inițial de către ofertant, și anume în acordul de subcontractare dintre ... și ..., prin care se precizează că subcontractantul va livra echipamente hardware și licențe software inclusiv servicii accesorii (livrare, instalare etc) în procent de 79% din totalul acordului cadru **și** v. Răspunsul la clarificarea adresată de comisia de evaluare, prin care ofertantul a modificat obiectul acordului de subcontractare între ... și ..., precum și procentul de efectuare a acordului cadru, venit în sarcina subcontractantului, respectiv 7,9% (...).”.

Față de cele de mai sus, contestatorul apreciază respingerea ofertei sale ca fiind lipsită de temei legal din următoarele considerente:

Autoritatea contractantă pare să pornească de la o premisă greșită că dispozițiile art. 3 alin. 91) lit yy) din Legea nr. 98/2-16 interzic subcontractarea unor activități de furnizare de produse. În realitate însă ceea ce aceste dispoziții legale reglementează nu este nicidecum vreo interdicție a *subcontractării* de activități de furnizare, ci o altă calificare legală a naturii juridice a acestei activități. Textul legal amintit nu afirmă că subcontractarea de activități de furnizare ar fi o activitate interzisă, ci doar că acțiunea de punere la dispoziție a unui utilaj sau de furnizare a unui material/bun are o natură legală distinctă, de furnizare (art. 3 alin. (1) lit. w)), iar nu de subcontractare.

Prin urmare, de fiecare dată când un operator economic pune produse la dispoziția unui contractant, el nu are calitatea de subcontractant, ci de furnizor. În același mod, calificarea corectă a raportului juridic contractual în care un operator economic pune produse la dispoziția partenerului său de convenție este aceea de furnizare de bunuri, iar nu de subcontractare.

Faptul că părțile ar defini o furnizare de bunuri drept activitate de subcontractare nu face ca aceasta activitate să devină una de subcontractare, ci, dimpotrivă, doar impune recalificarea ei drept una de furnizare.

... a încheiat cu ... acordul nr. al cărui obiect acoperea întreaga colaborare dintre părți în cadrul procedurii de atribuire, respectiv atât (i) furnizarea de bunuri - echipamentele și licențele, cât și (ii) prestarea unor servicii accesorii (instruire, instalare etc.).

... avea o dublă calitate față de ... în baza acestui acord:

- pe de o parte, cea de furnizor al produselor pe care ... urma să le livreze autorității contractante în baza acordului-cadru rezultat din procedură;

- pe de altă parte, cea de subcontractant pentru o parte din serviciile accesorii aferente furnizării respectivelor produse.

Procentul de 79% menționat în cuprinsul acordului se referea la întreaga valoare a colaborării cu ... (deci inclusiv la furnizarea produselor), nu doar la partea strict subcontractată în sensul legislației privind achizițiile publice (serviciile), care în realitate reprezenta un procent de doar 7,9%.

Faptul că părțile acordului au denumit global, în mod eronat, obiectul întregului acord drept „subcontractare” este o simplă neconcordanță de calificare juridică, fără efecte asupra naturii reale a raporturilor dintre ele.

Prin răspunsul la clarificări nr., a clarificat acest deliniament între (i) activitățile de subcontractare (de servicii) și (ii) activitățile de furnizare (de bunuri). A explicat faptul că procentul de 79% se referă la întreaga relație contractuală cu ... (care implica și furnizare și subcontractare), iar, strict pentru partea subcontractată (serviciile accesorii), procentul real este de 7,9% (10% din obiectul acordului, restul de 90% reprezentând contravaloarea activităților de furnizare).

A clarificat că cealaltă componentă a colaborării cu ..., așa cum era ea definită prin acord - respectiv furnizarea propriu-zisă a echipamentelor și licențelor software - nu reprezintă, în mod real, o subcontractare, întrucât ... are calitatea de furnizor pentru aceste produse.

În concluzie, contestatorul învederează că nu a modificat absolut nicio informație cuprinsă inițial în ofertă - dimpotrivă, a precizat natura reală, calificarea legală a activităților cuprinse în acordul încheiat cu Activitățile în sine au rămas exact aceleași, ... doar clarificând în mod expres (i) care activități privesc furnizarea de bunuri și (ii) care activități privesc subcontractarea de servicii.

În acest sens, acordul de subcontractare depus odată cu oferta definea global un procent de 79% pentru (i) activitatea de furnizare bunuri și pentru (ii) activitatea de subcontractare de servicii.

Prin răspunsul formulat nu au fost operate modificări ale ofertei inițiale și nu s-au adăugat aspecte noi sau diferite față de cele deja existente în cuprinsul documentelor depuse.

În DUAE s-au indicat, în mod corect, subcontractanții pe care se bazează.

Având în vedere cele de mai sus, contestatul apreciază decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale ca fiind nelegală, motiv pentru care se impune a fi anulată.

În drept, se invocă prevederile art. 8, art. 10, art. 26 din Legea nr. 101/2016, precum și toate celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul prezentei contestații.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ... solicită respingerea contestației formulate de ... ca nefondată.

Cu privire la solicitarea de „anulare a Raportului privind anularea procedurii nr. ..., respectiv a rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. ..., prin care oferta ... a fost respinsă ca inacceptabilă", organizatoarea procedurii subliniază următoarele:

Raportul procedurii nr. ... a fost încărcat în SEAP la secțiunea „Liste Procese Verbale, Rapoarte intermediare și Finale" în data de ...

Prin adresa nr. ... publicată în SEAP la secțiunea „Comunicări" în data de 10.10.2024, autoritatea contractantă informează faptul că, în urma evaluării ofertei depusă în SEAP la procedura de atribuire, aceasta a fost respinsă, fiind declarată inacceptabilă în conformitate cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Membrii comisiei de evaluare, au declarat inacceptabilă oferta prezentată de ... cu subcontractanții: ... și ... în cadrul procedurii de achiziție publică pentru atribuirea acordului cadru de furnizare, din următoarele considerente:

A întocmit solicitări de clarificări identificate a fi necesare pe durata procesului de evaluare și le-a transmis candidaților/ofertanților.

Prin adresa nr. ..., s-au solicitat clarificări ofertantului ... cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței impuse de către autoritatea contractantă în documentul Instrucțiuni pentru ofertanți (fișa de date), la cerințele privind subcontractarea, având în vedere documentul depus în SEAP în cadrul ofertei, și anume acordul de subcontractare încheiat între ... și ..., cu numărul de înregistrare prin care părțile au convenit ca subcontractantul să execute 79% din totalul acordului cadru și anume livrare de echipamente hardware și licențe software inclusiv servicii accesorii (livrare, instalare etc).

În urma evaluării răspunsului transmis de ofertantul ..., în termenul solicitat, înregistrat de ... cu nr. ..., semnat cu semnătură electronică, comisia de evaluare a concluzionat următoarele:

1. Conform precizărilor făcute în documentația de atribuire, în documentul INSTRUCȚIUNI PENTRU OFERTANȚI (fișa de date), la cerințele privind subcontractarea unde este stipulat: „Conform prevederilor legale, activitatea de furnizare nu poate fi subcontractată potrivit art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, se va completa doar în cazul serviciilor și lucrărilor conexe activității principale de furnizare ce se intenționează a fi subcontractat";

2. Ținând cont de avizul conform condiționat ANAP nr. ..., cu privire la documentația de atribuire transmisă în SICAP în vederea avizării, pentru care ANAP a lăsat ca măsură de remediere informarea operatorilor economici prin completarea fișei de date la punctul III.1.3.a)-referitor la subcontractare cu informația „în cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract (...)" se va tine cont de faptul că activitatea de furnizare nu poate fi subcontractată, potrivit art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr.

98/2016, Vor fi informați operatorii economici că pot fi subcontractate doar prestarea de servicii (de ex. service, instruire, transport, etc.) și execuția de lucrări conexe furnizării, unde este cazul;

3. Ținând cont de principiul transparenței prevăzut la art.2 alin (2) lit. d) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare,

4. Având în vedere faptul că în documentele prezentate inițial de către ofertant, și anume în acordul de subcontractare dintre ... și ..., prin care se precizează că subcontractantul va livra echipamente hardware și licențe software inclusiv servicii accesorii (livrare, instalare etc) în procent de 79% din totalul acordului cadru;

5. Răspunsul ofertantului ... la clarificarea adresată de comisia de evaluare, prin care acesta a modificat obiectul acordului de subcontractare între ... și ..., precum și procentul de efectuare a acordului cadru, revenit în sarcina subcontractantului, respectiv 7,9%, temeiul legal aplicabil este art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, dar și avizul conform necondiționat emis de ANAP în data de ... cu privire la decizia de respingere a ofertei contestatorului.

Autoritatea contractantă arată că motivul esențial pentru care s-a emis Raportul privind anularea procedurii nr. 462/798/2022/ 07.10.2024 constă în subcontractarea în proporție de 79% a activității de furnizare de către ... către ... ce formează obiectul procedurii de atribuire.

În ceea ce privește calificarea acordului de subcontractare nr. ..., încheiat între ..., în calitate de contractant general și, în calitate de subcontractant, autoritatea contractantă apreciază că nu există argumente juridice pentru calificarea acestuia ca fiind unul de furnizare pentru un procent de 71.1 % din procentul total de 79% indicat de către părți la art. 2 din acesta, deoarece, potrivit dispozițiilor art. 1266 alin.1 C.civ. contractele se interpretează după voința concordantă a părților, iar nu după sensul literal al termenilor, iar conform art. 1267 C.civ. clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă din ansamblul contractului.

În concret, din cuprinsul acordului de subcontractare nr. ..., reiese că voința concordantă a părților a fost în sensul calificării contractului ca fiind unul de subcontractare, iar nu de furnizare produse. În acest sens, clauzele art. 1 din acord și detaliate de art. 2 din acord, se circumscriu unui contract de subcontractare, iar nu unuia de furnizare, ... având obligația să realizeze, potrivit acestor clauze un procent de 79% din obiectul achiziției publice, prin livrarea de echipamente hardware și licențe software, activitate ce se circumscrie executării efective a contractului de achiziție publică.

Așa cum reiese din cuprinsul clauzei de la art. 5 din acordul încheiat între ..., în calitate de contractant general și, în calitate de subcontractant, reiese că subcontractantul se angajează față de contractant cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul

le are față de investitor, conform contractului Acest aspect denotă că subcontractantul, ..., indiferent de titulatura acesteia în cuprinsul acordului încheiat între părți, execută în mod efectiv, în calitate de subcontractant, obiectul contractului de achiziție publică, urmând a răspunde pentru executarea contractului de achiziție, nu în mod direct față de beneficiar (autoritatea contractantă-...) deoarece nu este parte în contractul de achiziție publică, ci față de contractantul general, acesta din urmă fiind cel care răspunde în mod direct față de achizitor în cazul neexecutării contractului de achiziție. Prin urmare, voința concordantă a părților, care trebuie identificată nu doar în raport de clauzele prevăzute la art. 2 din acordul încheiat între părți, ci în raport de întreg cuprinsul actului juridic, releva faptul că aceasta a avut drept corespondent încheierea unui contract de subcontractare iar nu a unuia de furnizare.

Un argument suplimentar în acest sens, este reprezentat de faptul că între părțile contractante, s-a prevăzut de la momentul încheierii acordului de subcontractare, procentul pe care îl va realiza din obiectul contractului de achiziție publică (79%), urmând ca în temeiul art. 5 din acord și răspunderea subcontractorului să fie proporțională cu acest procent din întregul obiect al contractului de achiziție, în cazul neexecutării acestuia.

În mod corespunzător, obiectul acordului încheiat între ... și, detaliat la art. 2, nu poate fi scindat, astfel cum eronat propune ..., în 71.1% activități specifice contractului de furnizare și 7.9% activități specifice contractului de subcontractare, deoarece, așa cum reiese din formularea acestei clauze contractuale, are un caracter unitar, neputând fi divizată prin voința unilaterală a ..., astfel încât să fie respectate cerințele din documentația de atribuire, în documentul Instrucțiuni pentru ofertanți.

Totodată, precizează autoritatea contractantă, stabilirea unui procent de în 71.1% activități specifice contractului de furnizare și 7.9% activități specifice contractului de subcontractare, aspect cantitativ al obiectului contractului, nu poate fi stabilit, așa cum susține ..., fără modificarea acordului de subcontractare și fără detalierea corespunzătoare a activităților ce urmau a fi executate de De altfel, caracterul unitar al obiectului acordului de subcontractare prevăzut la art. 1 și 2 din acesta, imprimă acestui contract ori caracterul unui contract de furnizare, ori a unuia de subcontractare, neputând ca acesta să aibă, în raport de conținutul acestuia, un caracter mixt.

Schimbarea formală a procentului de 79% din activitatea de subcontractare în doar 7,9%, afirmându-se superficial că obiectul acordului de subcontractare vizează doar serviciile conexe conform Anexă nr. 2 la caietul de sarcini, fără existența unui calcul cantitativ a proporțiilor prestațiilor ce formează obiectul acordului, ar fi impus modificarea acordului încheiat între părți, modificare incompatibilă în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

În consecință, susținerile ..., în sensul că prin răspunsul la clarificări nu a modificat absolut nicio informație cuprinsă inițial în ofertă, și a precizat natura reală, calificarea legală a activităților cuprinse în acordul încheiat între părți, sunt nefondate, incompatibile cu natura juridică a unor clarificări, în fapt ... procedând la schimbarea obiectului acordului, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

În final, ... învederează că nu sunt aplicabile dispozițiile art. 135 alin. 3 din HG nr. 395/2016, deoarece schimbarea formală a procentului de 79% din activitatea de subcontractare în doar 7,9%, nu este susținută, în mod neechivoc, de conținutul acordului de subcontractare încheiat între părți, neexistând nicio clauză sau vreun mecanism contractual care să permită ... această modificare.

Având în vedere cele prezentate anterior, autoritatea contractantă consideră inoportună reevaluarea ofertei ..., motiv pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr., ... prezintă concluzii scrise, prin care reiterează aspectele precizate anterior în cuprinsul contestației, menținându-și, în totalitate, criticile formulate.

... a constituit cauțiunea, în cuantum de

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Valoarea estimată totală a achiziției este între

În cadrul procedurii a fost primită o singură ofertă, depusă de ..., în urma evaluării căreia a fost încheiat raportul procedurii nr. ..., potrivit cu care oferta menționată a fost respinsă iar procedura de atribuire anulată.

Nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale, despre care a fost încunoștințat prin adresa nr., pentru motivele evocate în cele ce preced, ... a depus contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul ia act că, potrivit raportului procedurii nr. ... și comunicării nr., oferta depusă de ... a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece acordul de subcontractare încheiat cu ... nu respectă cerința fișei de date potrivit căreia activitatea de furnizare nu poate face obiectul subcontractării, iar prin răspunsul la clarificări a fost modificat obiectul

acordului de subcontractare precum și procentul din acordul-cadru care revenea subcontractantului menționat.

În analiza temeiniciei motivului de respingere, Consiliul reține că, la cap. III.1.3.a) – *Capacitatea tehnică ș/sau profesională* din fișa de date, autoritatea contractantă a stabilit următoarele rigori:

Subcontractare

Conform prevederilor legale, activitatea de furnizare nu poate fi subcontractată potrivit art. 3 alin. (1) lit yy) din Legea nr. 98/2016, se va completa doar în cazul serviciilor și lucrărilor conexe activității principale de furnizare ce se intenționează a fi subcontractate.

Dacă este cazul:

Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din acordul cadru/contractul subsecvent care sunt îndeplinite de subcontractanți și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși.

Înainte de semnarea acordului cadru/contractului subsecvent sau atunci când se introduc noi subcontractanți, ofertantul câștigător va prezenta contractele încheiate între contractant și subcontractant/subcontractanți nominalizați în ofertă sau declarați ulterior, astfel încât activitățile ce revin acestora, precum și sumele aferente prestațiilor, să fie cuprinse în acordul cadru/contractual subsecvent ce urmează a fi încheiat.

Modalitatea de îndeplinire:

-Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Anexat DUAE se va prezenta și acordul de subcontractare (formularul nr. 11-din documentul formulare și modele). În cazul în care ofertantul utilizează capacitățile subcontractantului /subcontractanților pentru a îndeplini criteriile de calificare, se va completa câte un formular DUAE separat pentru fiecare dintre respectivii subcontractanți, acesta va fi semnat în mod corespunzător de către fiecare dintre aceștia.

Având în vedere prevederile art. 193 alin. (6) din Legea 98/2016 prin care autoritatea contractantă are obligația să selecteze în DUAE „α: indicația globală pentru toate criteriile de selecție”, bifa va fi acționată și de operatorii economici la completarea DUAE.

Operatorul economic va completa respectivului punct din partea IV fără să trebuiască să completeze nicio altă secțiune din partea IV, secțiunile A, B, C sau D.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire până la data finalizării evaluării.

Prevederile enunțate, regăsite sub aceeași formă și în cadrul documentului *Instrucțiuni pentru ofertanți*, reține Consiliul că au fost stabilite în concordanță cu Avizul conform condiționat al ANAP nr., în care s-a reținut că:

6) În fapt: Informațiile cu privire la modalitatea de subcontractare nu sunt clare.

Măsura de remediere:

- **Menționați în cadrul FDA III.1.3.a) – referitor la subcontractare „În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract ...” se va ține cont de faptul că activitatea de furnizare nu poate fi subcontractată, potrivit art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016. Vor fi informați**

operatorii economici că pot fi subcontractate doar prestarea de servicii (de ex. service, instruire, transport etc) și execuția de lucrări conexe furnizării, unde este cazul.

- **Precizați formularul de subcontractare și adăugați-l în fișierul cu Formulare.** Acesta nu va include solicitarea prezentării atât a valorii subcontractate cât și a procentului aferent ofertei financiare.

Observație regularitate:

În drept: Art. 3 alin. (1) lit. yy), Art. 179 b), Art. 55 din Legea nr. 98/2016.

Analizând prevederile enunțate, regăsite deopotrivă în fișa de date și înscrisul *Instrucțiuni pentru ofertanți*, Consiliul reține că autoritatea contractantă a exclus din obiectul subcontractării activitatea principală de furnizare, de unde rezultă că obiectul arătat putea fi format exclusiv din serviciile și lucrările conexe activității de furnizare, în conformitate cu dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016.

Concluzia de mai sus este susținută și de conținutul Formularului 11 – *Acord de subcontractare*, în care autoritatea contractantă a inclus mențiunea (*lucrări, servicii*) la pct. 2 – *Obiectul contractului*, art. 1, 2 și 3, fiind fără dubiu că ceea ce avea a fi subcontractat erau doar serviciile și lucrările conexe activității principale de furnizare, această ultimă activitate revenind ofertantului (contractant general cum este denumit în formularul de Acord de subcontractare).

Prevederile enunțate nu au fost modificate urmare a vreunei solicitări de clarificări sau contestații situație în care și-au întărit forța obligatorie în forma în care au fost elaborate, orice critică la acest moment cu privire la acestea fiind evident tardivă. Fiind însușite ca atare, ofertanților le revenea obligația de conformare întocmai, sens în care sunt și prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Corelativ, îi revenea și autorității contractante obligația de a acționa în etapa de evaluare a ofertelor cu respectarea regulilor proprii documentației de atribuire, așa cum singură a înțeles să le stabilească, oricare abatere de la acestea fiind sancționabilă.

În acest sens prezintă relevanță și jurisprudența CJUE, obligatorie pentru statele comunitare, respectiv considerentele din cauza **C-42/13**, CJUE având conținutul:

42. Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe 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., dar și cele reținute la punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15**, având conținutul: Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43).

Prin urmare, impunând anumite rigori, autoritatea contractantă limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți și fără a lipsi de eficiență stabilirea cerințelor obligatorii.

Depășind această introducere de natură a contura importanța documentației de atribuire în economia procedurii, Consiliul reține, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, că ... a participat la procedură cu ofertă individuală, în cadrul căreia a declarat doi subcontractanți, respectiv pe și

A prezentat ... *Formularul nr. 11 – Acord de subcontractare* încheiat cu, având nr. în care se regăsesc informațiile:

2. Obiectul contractului:

Art.1 Activitățile ce fac obiectul prezentului contract sunt Livrare de echipamente hardware și licențe software inclusiv servicii accesorii (livrare, instalare etc)

Art. 2 Activitățile necesare pentru îndeplinirea contractului: „Achiziție de echipamente hardware și licențe software necesare susținerii sistemului ECRIS V și altor sisteme IT ale sistemului judiciar, precum și asigurării infrastructurii de securitate, inclusiv servicii accesorii (livrare, instalare etc)” **vor fi repartizate, după cum urmează:**

... ..: 79%: Livrare de echipamente hardware și licențe software inclusiv servicii accesorii (livrare, instalare etc)

Echipamente HW conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini

Licențe infrastructură virtualizată non VMware

Licențe software platforma de cloud

Licențe soft backup

Licențe SW COTS conform detaliere de mai jos:

Licențe software sistem operare Linux pentru Servere de infrastructură (pachet minim 2 socket CPU. număr nelimitat mașini virtuale)

Licențe software Telerik Kendo UI

Licențe software Aspose. Total

Licența software NVIDIA AI Enterprise Perpetual License and Support per GPU Socket, 5 Year

Componente HW SW Securitate conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini

Servicii conexe conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini

Instruire (personal tehnic din cadrul MJ, MP, CSM, IJ).

Sesizând cu ocazia verificărilor efectuate că obiectul Acordului de subcontractare încheiat cu subcontractantul include și furnizarea de echipamente hardware și licențe software, autoritatea contractantă a cerut ... să clarifice:

(...) **modalitatea de îndeplinire a cerinței impuse de autoritatea contractantă în documentul INSTRUCȚIUNI PENTRU OFERTANȚI (fișa de date), la cerințele privind subcontractarea**, respectiv (...), având în vedere că documentul depus în SEAP în cadrul ofertei, și anume acordul de subcontractare încheiat între ... și, cu numărul de înregistrare VDF20240 90433431/04.09.2024 prin care părțile au convenit ca subcontractantul să execute 79% din totalul acordului cadru și anume livrare de echipamente hardware și licențe software inclusiv servicii accesorii (livrare, instalare etc), după cum urmează:

1. Echipamente HW conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini
 2. Licențe infrastructură virtualizată non VMware
 - a) Licențe software platforma de cloud
 - b) Licențe soft backup
 3. Licențe SW COTS conform detaliere de mai jos;
 - a) Licențe software sistem operare Linux pentru Servere de infrastructură (pachet minim 2 socket CPU. număr nelimitat mașini virtuale)
 - b) Licențe software Telerik Kendo UI
 - c) Licențe software Aspose. Total
 - d) Licența software NVIDIA AI Enterprise Perpetual License and Support per GPU Socket, 5 Year
 4. Componente HW SW Securitate conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini
 5. Servicii conexe conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini
 - a) Instruire (personal tehnic din cadrul MJ, MP, CSM, IJ),
- deoarece, în conformitate cu prevederile legale precizate la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, activitatea de furnizare/livrare nu poate fi subcontractată.

... a răspuns, prin adresa nr., după cum urmează:

(...) ... confirmă că oferta sa respectă prevederile legale incidente și îndeplinește, totodată, cerința impusă de către Autoritatea Contractantă în documentul *INSTRUCȚIUNI PENTRU OFERTANȚI* (...) cu privire la subcontractare. Astfel:

Operatorul economic are calitatea de furnizor (în sensul art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016) al ... pentru următoarele produse oferite de către ... în cadrul prezentei proceduri de atribuire:

1. Echipamente HW conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini
2. Licențe infrastructură virtualizată non VMware
 - a) Licențe software platforma de cloud
 - b) Licențe soft backup
3. Licențe SW COTS conform detaliere de mai jos;

- a) Licențe software sistem operare Linux pentru Servere de infrastructură (pachet minim 2 socket CPU. număr nelimitat mașini virtuale)
- b) Licențe software Telerik Kendo UI
- c) Licențe software Aspose. Total
- d) Licența software NVIDIA AI Enterprise Perpetual License and Support per GPU Socket, 5 Year

4. Componente HW SW Securitate conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, ... urmează să presteze (în calitate de **subcontractant** al ...) următoarele **servicii conexe** produselor pe care ... (în calitate de subcontractant) la va furniza achizitorului:

5. Servicii conexe conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini

- a) Instruire (personal tehnic din cadrul MJ, MP, CSM, IJ),

Din dorința de a indica în mod cât mai exact produsele pentru care va presta (în calitate de subcontractant) serviciile conexe susmenționate, în cuprinsul documentelor din oferta depuse de ... România a fost inclusă o listă a echipamentelor și licențelor oferite de ..., împreună cu serviciile care sunt conexe respectivelor echipamente și licențe. Întrucât această modalitate de prezentare s-a dovedit a nu fi suficient de clară, atrăgând după sine transmiterea de către autoritatea contractantă a Solicitării de clarificări nr., **... confirmă** în mod explicit că operatorul economic a fost propus ca subcontractant numai pentru prestarea serviciilor conexe indicate la punctul 5 din lista de mai sus (i.e., „*Servicii conexe conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini: a. Instruire (personal tehnic din cadrul MJ, MP, CSM, IJ)*”).

Referitor la Acordul de subcontractare nr. VDF20240 90433431/04.09.2024, facem precizarea că el acoperă obiectul integral al raporturilor contractuale dintre ... (în calitate de contractant general) și (în calitate de furnizor și de subcontractant al ..., după caz) stabilite în contextul prezentei proceduri de atribuire (iar nu numai obiectul raportului lor de subcontractare în sensul art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016).

Cu toate acestea, dintr-o eroare materială, procentul aferent raportului de subcontractare a fost indicat ca fiind 79%. În realitate, acest procent de 79% corespunde obiectului integral al colaborării dintre ... și în legătură cu prezenta procedură de atribuire (deci inclusiv componenta pentru care are rolul de furnizor în sensul art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016). Prin urmare, având în vedere Solicitarea de clarificări nr., **... precizează că procentul corect al activității subcontractate către este de 7,9%. Totodată, transmitem atașat forma corectă a Acordului de subcontractare nr....., cu eliminarea erorii materiale.**

... .. dorește să confirme că aspectele detaliate în cuprinsul prezentului răspuns au strict rolul de a clarifica (ca urmare a solicitării autorității contractante) conținutul ofertei noastre, astfel cum a fost ea depusă în termenul impus prin documentația de atribuire.

Anexat răspunsului, a fost prezentat Formularul nr. 11 – *Acord de subcontractare*, în care se regăsesc informațiile:

2. Obiectul contractului:

Art.1 Activitățile ce fac obiectul prezentului contract sunt Servicii conexe conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini: Instruire (personal tehnic din cadrul MJ, MP, CSM, IJ)” în legătură cu echipamente hardware și licențe software furnizate de către CODAFONE ROMÂNIA SA.

Art. 2 Activitățile necesare pentru îndeplinirea contractului: „Achiziție de echipamente hardware și licențe software necesare susținerii sistemului ECRIS V și altor

sisteme IT ale sistemului judiciar, precum și asigurării infrastructurii de securitate, inclusiv servicii accesorii (livrare, instalare etc)” vor fi repartizate, după cum urmează:

... ..: **7,9%: Servicii de instalare, implementare conform cerințelor din caietul de sarcini precum și „Servicii conexe conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini: Instruire (personal tehnic din cadrul MJ, MP, CSM, IJ)” în legătură cu următoarele echipamente hardware și licențe software furnizate de către ...:**

Echipamente HW conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini

Licențe infrastructură virtualizată non VMware

Licențe software platforma de cloud

Licențe soft backup

Licențe SW COTS conform detalieri de mai jos;

Licențe software sistem operare Linux pentru Servere de infrastructură (pachet minim 2 socket CPU. număr nelimitat mașini virtuale)

Licențe software Telerik Kendo UI

Licențe software Aspose. Total

Licența software NVIDIA AI Enterprise Perpetual License and Support per GPU Socket, 5 Year

Componente HW SW Securitate conform Anexa 2 la Caietul de Sarcini

Așadar, prin răspunsul la clarificări ..., precizând că are o dublă calitate, de furnizor de produse către ... și prestator de servicii conexe, a modificat Acordul de subcontractare prezentat inițial sub aspectul obiectului său, indicând că acesta constă în prestarea de servicii conexe, dar și procentului de subcontractare, de la 79% stabilit inițial ca revenind, la 7,9%.

Acest răspuns a fost considerat neconcludent de membrii comisiei de evaluare, concluzie la care ajungează și Consiliul, din următoarele considerente:

Astfel, ... recunoaște atât prin răspunsul la clarificări cât și prin demersul de față faptul că a inclus în obiectul *Acordului de subcontractare* încheiat cu, prezentat inițial, inclusiv livrarea de echipamente hardware și licențe software însă susține că decizia de respingere a ofertei sale este nelegală, deoarece dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 nu interzic subcontractarea unei activități de furnizare produse, ci reglementează o altă calificare legală a naturii juridice a acestei activități, iar faptul că părțile ar defini o furnizare de bunuri drept activitate de subcontractare nu face ca această activitate de devină una de subcontractare, ci, dimpotrivă, doar impune recalificarea ei drept una de furnizare.

Ținând seama de caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, care la momentul actual nu mai poate forma obiectul vreunei discuții, așa cum s-a arătat deja, Consiliul va respinge acest argument al contestatorului.

... a fost informat în mod complet și precis asupra condițiilor de participare, inclusiv asupra informațiilor necesar a fi înscrise în *Acordul de subcontractare*, al cărui model a fost pus la dispoziție în cadrul

documentație de atribuire (Formularul nr. 11), astfel că nu i se poate scuza nicio abatere de la regulile stabilite.

Dacă aprecia nelegală documentația de atribuire sub aspectul impunerii obiectului subcontractării, contestatorul era în drept să solicite clarificări sau chiar să promoveze o contestație în etapa de până la data limită de depunere, demersuri în lipsa cărora pretenția acceptării unui comportament derogatoriu de la regulile stabilite la nivelul documentației de atribuire nu poate fi acceptată, fiind lipsită de orice fundament.

Procedând de maniera arătată, a depunerii unui Acord de subcontractare cu nerespectarea documentației de atribuire este cert că ... și-a încălcat propria obligație de conformare, situație în care este unicul culpabil de respingerea ofertei sale.

Prin urmare, argumentul prin care încearcă contestatorul să acrediteze o anumită interpretare a dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 este unul tardiv la acest moment, singura problemă care comportă discuții în prezent fiind aceea a respectării sau nu a regulii documentației de atribuire privind obiectul subcontractării.

Nici dispozițiile art. 1266 alin. (1) C.civ. invocate de contestator nu prezintă relevanță în cauză, din următoarele considerente:

Astfel, redând conținutul prevederii legale invocate, contestatorul susține că, dacă părțile unui acord definesc literal obiectul său ca fiind o *subcontractare* de bunuri, aceasta nu înseamnă decât că el urmează a fi recalificat drept o furnizare de bunuri. În mod similar, dacă părțile unui acord definesc un act translativ cu titlu oneros drept o *donatie* este evident că el urmează a fi recalificat drept act de vânzare-cumpărare.

Contestatorul susține în continuare că Acordul de subcontractare inițial acoperă întreaga colaborare între ... și, în contextul în care acesta din urmă are o dublă calitate, de furnizor și prestator de servicii, că procentul de 79% se referă la întreaga colaborare și nu doar la serviciile conexe care reprezintă doar 7,9%, dar și că prin răspunsul la clarificări a clarificat deliniamentul între subcontractare (servicii) și furnizare (bunuri).

Analizând aceste argumente, Consiliul nu le poate reține în soluționare având în vedere, pe de o parte, faptul că legislația din materia achizițiilor publice este una specială în raport cu regulile de drept comun, care implică un anumit grad de formalism specific, cunoscut de profesioniștii în materie ca ..., și care nu poate fi invocat ca argument valid pentru înlăturarea unui motiv de respingere a unei oferte.

Pe de altă parte, niciuna dintre prevederile Acordului de subcontractare nr., inițial prezentat, nu susține ipoteza invocată, în sensul că voința părților de la nivelul înscrisului menționat ar fi fost alta decât sensul literal al termenilor.

Astfel, parcurgând conținutul înscrisului menționat Consiliul nu identifică nicio informație care să demonstreze cele susținute de contestator, ci, din contră, privit prin prisma regulilor documentației de

atribuire, legislației din materia achizițiilor publice și jurisprudenței CJUE, rezultă că ... s-a achitat de obligația de conformare aflată în sarcina sa abia pe calea răspunsului la clarificări.

Nici împrejurarea că ... ar avea o dublă calitate de furnizor și prestator de servicii nu reprezintă un argument apt a răsturna cele decise de autoritatea contractantă, deoarece în discuție se află modul în care a fost redactat acordul de subcontractare prin raportare la cerințele documentației de atribuire. Practic contestatorul își invocă propria culpă în redactarea acordului de subcontractare însă tocmai această întocmire necorespunzătoare a creat premisele respingerii ofertei sale.

În continuare, va analiza Consiliul dacă prin Acordul de subcontractare prezentat pe cale răspunsului la clarificări ... ar fi realizat o îndreptare a unui *viciu de formă*, cum invocă acesta că ar fi.

Se are în vedere că legislația achizițiilor publice nu permite acceptarea modificării ofertei pe calea răspunsului la clarificări cu informații de natură a demonstra îndeplinirea cerințelor impuse prin documentația de atribuire, sens în care, în conformitate cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare este în drept de a solicita în etapa de evaluare a ofertelor, doar *clarificări și completări formale sau de confirmare*, fiind de la sine înțeles că, în mod corelativ, poate accepta doar răspunsuri având această natură.

De asemenea, posibilitatea modificării unei oferte ulterior datei limită de depunere este atent reglementată de legiuitor, prin stabilirea cazurilor exprese și limitative în care aceasta este permisă, elocvente în acest sens fiind dispozițiile art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016 care fac vorbire despre posibilitatea modificării ofertei în cazul sesizării unui *viciu de formă* la nivelul acesteia, *viciul de formă* fiind definit ca *acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant* (art. 135 alin. (2) din HG nr. 395/2016).

Or, nicăieri nu indică contestatorul care sunt documentele din oferta sa inițială care susțin modificările aduse prin intermediul acordului de subcontractare prezentat pe cale răspunsului la clarificări. Informațiile din acordul de subcontractare inițial sunt lipsite de relevanță câtă vreme este chiar documentul întocmit cu nesocotirea documentației de atribuire.

Argumentul potrivit căruia corectarea procentului real acordat subcontractării de servicii, distinct de furnizarea de bunuri, are un rol de clarificare nu poate fi, de asemenea, primit, deoarece, așa cum s-a arătat deja, ceea ce poate autoritatea contractantă este în drept să accepte sunt *clarificări și completări formale sau de confirmare* ceea ce nu este cazul modificării procentului de subcontractare, care presupune o modificare de fond nesusținută de nicio altă informație regăsită inițial în ofertă.

Nici jurisprudența CJUE nu poate fi valorificată în favoarea contestatorului câtă vreme în discuție se află întocmirea ofertei cu nerespectarea documentației de atribuire, aspect asupra căruia nu există dubiu și care nu poate fi surmontat pe calea răspunsului la clarificări așa cum încearcă contestatorul să obțină.

Acceptării răspunsului contestatorului se opun și dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 care, într-adevăr, la alin. (1) fac vorbire despre dreptul autorității contractante de a solicita ofertanților clarificări și completări ale documentelor prezentate în cazul în care informațiile sau documentele depuse sunt incomplete sau eronate, însă la alin. (2) stabilesc explicit că: **Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine aparitia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.**

Avantajul adus contestatorului prin acceptarea răspunsului formulat este mai mult decât evident și constă în desemnarea admisibilă a ofertei sale în loc de respingerea sa.

Consiliul reține ca relevante în acest context considerentele din cauza C-523/16, potrivit cu care: Astfel, Curtea a statuat printre altele că **o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției**, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens *Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12*, EU:C:2013:647, punctul 40).

În concluzie, fiind fără dubiu că a acționat cu nesocotirea cerințelor documentației de atribuire, pe care le-a cunoscut încă de la data de 14.06.2024, a publicării în SEAP a documentației de atribuire, Consiliul va respinge criticile acestuia, ca nefondate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestația, ca nefondată.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de, în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

