

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 nr. 161/18.08.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 41148/18.08.2022, formulată de, cu sediul în localitatea, având adresa de corespondență în localitatea, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de, în calitate de administrator, împotriva adresei nr. 43733/11.08.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 15560L/11.08.2022, emise de către („.....”), cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii contractului de lucrări având ca obiect *Proiectare, executie lucrari si asistenta tehnica din partea proiectantului pentru obiectivul de investitii: «Construire baza sportiva TIP 2 – V1 – incalzire pe gaz Colegiu National, Municipiu, Judetul ...»*, s-au solicitat: - anularea adresei nr. 43733/11.08.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, a procesului verbal de evaluare a propunerii tehnice (document la care reclamanta precizează că nu a avut acces) și a actelor subsecvente acestuia, și anularea raportului procedurii nr. 15560L/ 11.08.2022;

- continuarea procedurii de atribuire și declararea ofertei contestatoarei ca fiind conformă din punct de vedere al evaluării propunerii tehnice.

**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 rezultatul procedurii de atribuire anterior menționată, solicitând cele precizate în partea introductivă.

Preliminar, contestatoarea face un scurt istoric al modului de desfășurare a procedurii în cauză și menționează că, prin adresa nr. 10221/25.05.2022, comisia de evaluare a solicitat o clarificare care conținea și o cerință vizând autorizație ISCIR; *Lucrare: Montaj centrale termice (cazan consumatoare de combustibil), prevedere legala: Legea 64/2008, Ordin pentru aprobarea prescripțiilor tehnice PT CR - 4- 2009.*

La această solicitare de clarificări reclamanta notează că a răspuns după cum urmează:

In ceea ce privește montarea centralei (de fapt instalare conform prevederilor legale) facem precizarea ca aceasta va fi furnizata de către societate care a inclus si instalarea si punerea in funcțiune in prețul ofertat.

Atașam copii dupa oferta si autorizațiile deținute de către aceasta societate.

..... opinează că, fără a ține cont de precizările sale din cuprinsul răspunsului la clarificări, comisia de evaluare a declarat oferta sa ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea subliniază că, în cuprinsul documentației de atribuire, așa cum a fost ea postată în SEAP de către autoritatea contractantă, nu se regăsește cerința de prezentare a autorizațiilor ISCIR, cerință la care face trimitere atunci când declară neconformă oferta reclamantei, motivația din cuprinsul adresei nr. 43733/11.08.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, venind în contradicție cu dispozițiile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere lipsa acestor cerințe din cadrul documentației de atribuire, *recunoscute chiar de către autoritatea contractantă*, contestatoarea apreciază că sunt incidente prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016. Adaugă că, dacă documentația a fost incomplet sau greșit întocmită, atunci sancțiunea este aceea a anulării procedurii de atribuire, în contextul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c), coroborat cu alin. (2), din Legea nr. 98/2016.

Invocând jurisprudența CJUE în materie, reclamanta învederează faptul că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante, iar *principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată.*

În susținerea celor de mai sus, ... invocă jurisprudența instanțelor naționale în materie.

În concluzie, contestatoarea subliniază faptul că a demonstrat că are oferta de preț pentru centrală pe gaz de la o societate autorizată ISCIR în acest sens, iar acest furnizor se obligă să realizeze și autorizarea ISCIR a acestei centrale, considerând astfel că a demonstrat fără echivoc faptul că dispune de toate autorizările necesare ducerii la bun sfârșit a contractului, iar oferta sa a fost declarată neconformă în mod nelegal.

În drept, se invocă prevederile art. 29 și următoarele din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 30 din HG nr. 395/2016 și cele ale Legii nr. 98/2016.

Ca mijloace de probă au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. 46827/24.08.2022, înregistrată la Consiliu sub nr.42338/25.08.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de, solicitând admiterea excepției tardivității, iar, în situația în care se constată neaplicabilitatea acesteia, respingerea contestației ca nefondată, în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

În susținerea admiterii excepției tardivității, autoritatea contractantă remarcă faptul că, din contestația depusă, rezultă că, de fapt, reclamanta atacă modul de elaborare a documentației de atribuire, respectiv modul de elaborare și adresare a solicitării de clarificare, încercând să se repună, în mod artificial, în termenul de contestare.

Precizează că, în acest context, contestația apare ca fiind tardivă, termenul expirând conform art. 8 alin. b) din Legea nr. 101/2016, după cum urmează:

- în cazul documentației de atribuire: în termen de 7 zile începând cu ziua următoare datei publicării documentației de atribuire (și anume 11.02.2022), rezultând că acest termen a expirat la 18.02.2022;

- în cazul solicitării de clarificare, în termen de 7 zile de la comunicarea acesteia (și anume 25.05.2022, prin postare în SEAP), rezultând că acest termen a expirat la 02.06.2022; mai mult, ofertanta nu doar că nu a contestat solicitarea de clarificări, ci a răspuns la aceasta (răspunsul nr. 96/27.05.2022).

Pe fondul cauzei, referitor la prevederea, în cadrul documentației de atribuire, a cerinței care a făcut obiectul solicitării de clarificări, ... învederează faptul că susținerea contestatoarei este eronată, întrucât această cerință a fost prevăzută, în mod expres, în cadrul documentației de atribuire publicată în SEAP odată cu anunțul de participare simplificat.

Astfel, arată că, în cadrul caietului de sarcini, Secțiunea 1: *CERINȚELE BENEFICIARULUI*, Secțiunea 6 *LEGISLAȚIA, STANDARDE ȘI REGLEMENTARI TEHNICE APLICABILE*, se prevede faptul că *„Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. Antreprenorul trebuie să se asigure că orice contracte, subcontracte, instrucțiuni de utilizare, aprobări, etc.*

care urmează să fie încheiate sau emise în timpul perioadei de execuție și cea de notificare a defectelor, trebuie să fie în conformitate cu Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții (cu modificările și completările ulterioare). Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare.", fiind prezentată, în continuare, o listă neexhaustivă („Aceasta listă nu este limitativă”) a normelor („principalele NORMATIVE si STANDARDE”) care trebuie respectate în vederea executării contractului. Mai mult, caietul de sarcini se completează cu toate celelalte documente de natură tehnică publicate de către autoritatea contractantă, părți integrante ale documentelor achiziției.

Totodată, ... subliniază că în documentul *Memoriu Tehnic Instalații Termice - Teren Tip 2* (publicat ca parte a documentației tehnice de atribuire), la pag. 7, se prevede faptul că „Echipamentele din centrala termică (cazan, vasul de expansiune închis) se vor monta conform prescripțiilor furnizorului, cu respectarea instrucțiunilor tehnice ISCIR (C1,C4, C30, C31,C9)”, precizând că instrucțiunile tehnice ISCIR au aplicabilitate generală, reprezentând Anexele nr. 1—7 la Ordinul ministrului economiei, comerțului și mediului de afaceri nr. 663/2010, în cadrul cărora se face trimitere expresă la Legea nr. 64/2008 (act normativ care a fost menționat și în solicitarea de clarificări).

În plus, tot în baza și pentru aplicarea Legii nr. 64/2008, ce reglementează tocmai „funcționarea în condiții de siguranță a instalațiilor sub presiune, instalațiilor de ridicat și a aparatelor consumatoare de combustibil”, a fost emis și Ordinul nr. 2154/2009, pentru aprobarea prescripțiilor tehnice PT CR 4-2009 „Autorizarea persoanelor juridice pentru efectuarea de lucrări la instalații/echipamente” și PT CR 8- 2009 „Autorizarea personalului de deservire a instalațiilor/echipamentelor și acceptarea personalului auxiliar de deservire”, citat în cadrul solicitării de clarificare.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă remarcă faptul că solicitarea de clarificări nu conține elemente/cerințe suplimentare față de prevederile documentației de atribuire, puse la dispoziția tuturor operatorilor economici interesați, în mod transparent, prin publicarea acestora în SEAP. În consecință, ... apreciază că a respectat întru totul dispozițiile legale incidente, inclusiv principiile transparenței și tratamentului egal.

De asemenea, ... subliniază că nu au fost contestate cerințele care fac obiectul litigiului în cauză, litigiu dedus soluționării Consiliului, iar, prin necontestare, acestea au devenit obligatorii pentru ofertante, inclusiv pentru reclamantă, conform dispozițiilor art. 123 din HG nr. 395/2016.

În continuare, autoritatea contractantă aduce argumente în susținerea faptului că cerințele atacate nu reprezintă criterii de calificare

aferente capacității tehnice și profesionale, și nu vizează criteriile de calificare referitoare la situația economică și financiară a operatorilor economici, ci cerințe tehnice, care trebuie îndeplinite la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertelor, nu la un moment ulterior.

Contrar afirmațiilor reclamantei, ... opinează că, fiind vorba de cerințe tehnice, aferente documentației tehnice, parte a documentației de atribuire, nu există obligativitatea și nici rațiunea menționării acestora în cadrul anunțului de participare simplificat sau a fișei de date, invocând în acest sens dispozițiile art. 163, 172, 173 și 178 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

Mai mult, evidențiază că respectivele cerințe nu vizează capacitatea operatorului economic de exercitare a activități profesionale, la modul general, ci dovedirea posibilității concrete a acestuia de a executa acel contract punctual, în conformitate cu solicitările autorității contractante, aduse, în mod transparent, la cunoștința tuturor operatorilor economici prin publicarea lor în SEAP.

Din punctul de vedere al, în prezentul caz se pot aplica, prin analogie, conform principiului *ubi eadem est ratio, ibi idem ius*, prevederile art. 3 alin. (5) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, potrivit căroră, „(...) *autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune în caietul de sarcini și cerințe referitoare la experiența profesională a expertului/specialistului în cauză, ce trebuie îndeplinite la momentul evaluării ofertei tehnice*”, prin urmare, pe de o parte, nu ar trebui prevăzute în calitate de criterii de calificare, fiind exclusiv cerințe tehnice aferente documentației tehnice, dar, pe de altă parte, având în vedere scopul acestora, este necesară îndeplinirea lor la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertei, iar nu la un moment ulterior.

Referitor la obligativitatea declarării de către reclamantă a societății ca subcontractant, nu furnizor, în opinia, centrala termică reprezintă o parte integrantă și importantă a obiectului contractului de achiziție publică, fără de care nu se poate atinge scopul achiziției în cauză, deci nu se poate satisface nevoia autorității contractante.

Achizitoarea remarcă încă o dată: *centrala termică nu este un element secundar, auxiliar, care nu ar face parte din obiectul contractului de achiziție publică, astfel încât să poată fi prestat de un furnizor, ci este un element de bază, parte integrantă din obiectul contractului de achiziție publică, fără de care nu poate fi atins scopul achiziției publice și anume funcționarea bazei sportive în parametrii stabiliți de către autoritatea contractantă și solicitați prin documentația de atribuire, publicată, în mod transparent, în SEAP.*

De asemenea, învederează că nu este necesară stabilirea de criterii de calificare privind capacitatea pentru toate elementele care fac parte din obiectul contractului, cu atât mai mult cu cât solicitarea criteriilor de calificare privind capacitatea, la modul general, *este o facultate a*

autorității contractante, nu o obligație a sa, fiind exclusiv opțiunea acesteia de a solicita sau nu astfel de criterii de calificare (conform dispozițiilor art. 172 din Legea nr. 98/2016).

Prin urmare, ... notează că, în cazul în care reclamanta nu putea să îndeplinească ea însăși această parte a obiectului contractului de achiziție publică, astfel cum reiese din răspunsul la solicitarea de clarificări, se impunea a fi subcontractată respectiva parte, iar nu de a indica un simplu furnizor, astfel cum prevede și art. 51 din HG nr. 395/2016.

Adaugă că, în speță, este vorba despre cerințe tehnice de executare a contractului (nu despre criterii de calificare), sub forma autorizațiilor ISCIR, care trebuie îndeplinite la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertei.

Invocând dispozițiile art. 55 din legea nr. 98/2016, ... apreciază că, în situația de față, contestatoarea avea obligația de a comunica autorității contractante datele de identificare ale subcontractantului/subcontractanților și partea/părțile pe care urmează să le îndeplinească, și că, tocmai pentru că subcontractantul execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor care fac obiectul contractului, acesta este supus acelorași rigori și obligații ca și ofertanta, ceea ce nu se aplică unui furnizor.

În concluzie, achizițarea precizează că sunt aplicabile prevederile fișei de date vizând „2. INFORMATII PRIVIND SUBCONTRACTANTII”, prevederi pe care reclamanta nu le-a respectat.

Referitor la prețul ofertat de, ... învederează următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă nu a vizualizat nici prețul introdus în platforma electronică SEAP, salvat și criptat de către contestatoare, nici documentele aferente ofertei financiare, întrucât, în condițiile în care ofertanta este respinsă în etapa de evaluare tehnică (așa cum s-a întâmplat în prezentul caz), sistemul electronic SEAP nu permite vizualizarea propunerii financiare a respectivului operator economic;

- mai mult, prețul ofertei este unul dintre factorii de evaluare aferenți criteriului de atribuire („cel mai bun raport calitate-preț”), or criteriul de atribuire are aplicabilitate doar prin raportare la ofertele admisibile, nu și în cazul celor respinse (în speță, oferta contestatoarei fiind respinsă ca neconformă).

Raportat la jurisprudența citată de către contestatoare, ... precizează că aceasta nu este relevantă în prezenta speță, cauzele menționate având în vedere alte circumstanțe decât cele relevate în cazul de față, și prin urmare, *nu poate fi utilizată ca reper în dezlegarea prezentei.*

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și cele ale HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse copii ale înscrisurilor din dosarul achiziției publice.

..... a constituit cauțiunea în sumă de lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr....., eliberată de CEC Bank – SUCURSALA, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: «Construire baza sportiva TIP 2 – V1 – încălzire pe gaz Colegiu National Municipiul, Județul»*, cod CPV principal: 45200000-9 Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1101055/11.02.2022. Conform anunțului de participare simplificat, valoarea estimată a contractului de lucrări este de 2.022.359,34 Ron, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate - preț*.

La procedură, au fost depuse patru oferte, printre care și cea a asocierii - -, declarată neconformă.

Nemulțumită de acest rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ... a formulat prezenta contestație, solicitând anularea rezultatului.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către autoritatea contractantă a excepției tardivității contestației, raportat la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea ei. Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, Consiliul observă că societatea contestatoare își îndreaptă demersul său împotriva rezultatului comunicat prin intermediul adresei nr. 43733/11.08.2022. Divergența asupra actului vătămător trebuie tranșată în raport de capetele de cerere constând în anularea actelor evaluării ce conțin rezultatul evaluării ofertei sale, coroborate cu modalitatea de redactare a acțiunii, din care rezultă că se dorește lipsirea de efecte a rezultatului atacat. Din cuprinsul contestației rezultă limpede care este voința autoarei și scopul final urmărit de aceasta (desființarea rezultatului considerat nelegal). Referirile la documentele pregătitoare ale licitației sau la cele întocmite pe parcursul evaluării au menirea de a fundamenta criticile vizând rezultatul contestat, nicidecum atacarea respectivelor documente.

Contestația în discuție a fost transmisă electronic și prin poșta rapidă la data de 18.08.2018, joi, în ultima zi a termenului legal de contestare, față de primirea comunicării la 11.08.2018 și raportat la normele art. 8 alin. (1) lit. b), coroborate cu cele ale art. 5 din Legea nr. 101/2016.

Astfel fiind, Consiliul apreciază excepția ca neîntemeiată. Desigur că în situația în care se va constata că anumite critici din cadrul contestației sunt afectate de tardivitate, acestea vor fi respinse ca atare.

Trecând la analiza celor reclamate, Consiliul constată că în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 43733/11.09.2022, autoritatea contractantă a arătat că oferta asocierii din care face parte societatea contestatoare este neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 deoarece oferta depusă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini iar ofertantul nu face dovada deținerii autorizațiilor necesare punerii în funcțiune a obiectivului de investiții.

Pentru edificare, redăm în cele ce urmează conținutul adresei nr. 43733/11.09.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii:

Prin prezenta va facem cunoscut ca oferta prezentata de dumneavoastră (...) a fost respinsa ca neconforma în baza art. 137 alin. (3) lit. a), din HG 395/2016 cu modificări si completări ulterioare deoarece „*oferta depusa nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*” iar ofertantul nu face dovada deținerii autorizațiilor necesare punerii în funcțiune a obiectivului de investiție.

La baza acestei decizii au stat următoarele:

Comisia de evaluare a solicitat sa prezentati urmatoarete:

- Licența de funcționare IGPR prfvind proiectarea si Instalarea, modificarea si intretinerea componentelor sau sistemelor de alertare împotriva efracției;
- Autorizații ISU- PROIECTAREA SI EXECUȚIA INSTALAȚIILOR DE utilizare GAZE NATURALE - PDIB; PGD; EDIB; EGD;
- Autorizație ISCIR; Lucrare: Montaj centrale termice (cazan consumatoare de combustibil), prevedere legala: Legea 64/2008, Ordin pentru aprobarea prescripțiilor tehnice PTCR - 4-2009;

Răspuns 1) Asociatul deține autorizație pentru proiectare, instalare și întreținerea sistemelor de alertare împotriva efracției conform extrasului de pe site –ul <https://www.politiaromana.ro/ro/structura-politiei-romane/unitati-centrale/directia-de-ordine-publica/serviciul-sisteme-de-securitate-private/registre-nationale>

Atașam extras din tabelul Societati specializate Sisteme Alarma 01 mai 2022.xls postat pe site-ul Politiei Romane din care rezulta ca deține aceste autorizatii.

Întrebarea 2) - Autorizații ISU- PROIECTAREA SI EXECUȚIA INSTALAȚIILOR DE utilizare GAZE NATURALE- PDIB;PGD; EDIB; EGD

Răspuns 2) Asociatul deține autorizatii emise de ANRE pentru proiectare si execuție lucrări de gaze naturale conform extrasului de pe site-ul <https://portal.anre.ro/PublicLists/AtestatGN>

Atașam extras de pe site-ul ANRE.

Întrebarea 3) - Autorizație ISCIR; Lucrare: Montaj centrale termice (cazan consumatoare de combustibil), prevedere legala: Legea 64/2008, Ordin pentru aprobarea prescripțiilor tehnice PT CR 4-2009;

În ceea ce privește montarea centralei (de fapt instalare conform prevederilor legale) facem precizarea ca aceasta va fi furnizata de către societate care a inclus si instalarea și punerea în funcțiune în prețul oferat.

Atașăm copii după oferta și autorizațiile deținute de către aceasta societate.

Având în vedere ca ați menționat ca, montajul Centralelor termice este asigurat de, care este autorizat ISCIR și are calitatea de furnizor de materiale, nu are încheiat un contract de subcontractare cu ofertantul, comisia de evaluare considera răspunsul neconcludent.

....., în cadrul procedurii mentionate mai sus, are calitatea de furnizor de materiale, care conform Secțiunii a-2 a art.3 lit. w, din Legea nr. 98/2016, cu modificări și completări ulterioare, coroborat cu art. 51 alin. (2) din HG 395/2016 cu modificări și completări ulterioare, este menționat faptul ca *furnizorul - 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, respectiv în cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.*

Din parcurgerea explicațiilor consemnate la nivelul comunicării redată în cele ce preced și a procesului - verbal nr. 11309L/09.06.2022 (în cuprinsul căruia este consemnată analiza răspunsului transmis de către, înregistrat sub nr. 10694L/31.05.2022 la solicitarea de clarificări), Consiliul reține că motivul respingerii constă, în fapt, în neconcludența răspunsului furnizat de asociere, exclusiv sub aspectul precizărilor în referire la societatea, furnizorul centralei termice și cel care asigură și montajul și punerea în funcțiune a acesteia, și, pentru care nu a fost prezentat un contract de subcontractare încheiat cu ofertanta.

Înțelegerea asupra celor consemnate fiind în sensul lipsei declarării ca subcontractant a, Consiliul va analiza legalitatea deciziei de respingere sub acest aspect.

De esența prezentei cauze este, așadar, obligația declarării sau nu ca subcontractant a societății, autorizată ISCIR și despre care ofertanta a susținut, în răspunsul său furnizat autorității (redat mai sus în cuprinsul comunicării), că va furniza, instala și pune în funcțiune centrala termică.

Este limpede, din prevederile caietului de sarcini (a se vedea *Secțiunea 1*), că obiectul de investiție licitat include componenta de achiziție și montare centrală termică, componentă care presupune deținerea unei autorizări dedicate.

Or, în acest context, externalizarea unei părți a obiectului contractului, utilizată de ofertantă, îmbracă din punct de vedere juridic, forma subcontractării.

Astfel este eronată atribuirea calității de furnizor operatorului, în speță, de la care se va achiziționa centrala termică, dacă asigură instalarea și punerea ei în funcțiune, întrucât Legea nr. 98/2016, art. 3 alin. (1), face distincție clară între furnizor și subcontractant:

w) furnizor - 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**;

yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și **care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor**, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi.

Pornind de la definițiile celor două noțiuni date de Legea nr. 98/2016, Consiliul observă că demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect: în cazul furnizorului accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa, pe când în cazul subcontractorului, acesta execută în mod direct părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor. Așadar, legea achizițiilor publice stabilește clar că subcontractantul chiar intervine în executarea contractului și se delimitează de furnizor, care, în mod uzual, pune în vânzare anumite produse sau prestează anumite servicii.

Furnizorii (prestatorii) nu sunt subcontractanți și, implicit, nu execută părți ale lucrărilor atribuite. Doar subcontractanții pot interveni în executarea acestora, iar, la procedura organizată de, cum am arătat, o componentă a contractului o constituie tocmai centrala în discuție.

Teza a doua a lit. yy) se referă la *punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri*, cu semnificația de închiriere sau vânzarea de utilaje, nicidecum de executare a unei părți din contract, cum este aceea în discuție.

Lit. w) atribuie calitatea de furnizor celui care pune la dispoziția unui contractant produse, însă centrala nu poate fi considerată un produs, ci o componentă esențială a clădirii pentru vestiare.

În speță, eventual se poate discuta de furnizor al centralei, în sensul legal de furnizor al bunului, însă nu se poate discuta de furnizor al instalării și punerii în funcțiune a acesteia, dat fiind că instalarea/punerea în funcțiune reprezintă parte a contractului de achiziție publică, de care răspunde ofertantul, direct sau indirect (prin subcontractanții săi).

Componenta *centrală* nu înseamnă doar cazanul, ci presupune numeroase elemente, deopotrivă de importante (conduce de distribuție, radiatoare, tablou de automatizare cu regulator, module de acționare și

comanda pompe, termostate și sesizoare de temperatura), astfel cum rezultă din *memoriul tehnic instalații termice - Teren Tip 2*, parte a documentației tehnice de atribuire, are trebuie executate și/sau montate de un operator specializat, declarat ca atare în ofertă. Nu trebuie omisă că inclusiv proiectarea componentei *centrala termică*, cu toate elementele aferente, astfel încât să fie integrată în ansamblul construcției, reprezintă o parte a contractului de achiziție publică și trebuie să revină unui proiectant autorizat.

Elocvență în lămurirea diferenței este și poziția exprimată de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în notificările din 18.06.2021 și 07.10.2021 cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial (<http://anap.gov.ro/web/notificare-cu-privire-la-interpretarea-notiunilor-de-furnizor-si-subcontractant-in-contractul-de-achizitie-publica-sectorial/>):

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

Totodată, spre deosebire de furnizor, subcontractantul e considerat participant în procedura de atribuire (art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 66 alin. (1) din Legea nr. 99/2016), fiindu-i aplicabile, pe cale de consecință, inclusiv dispozițiile legale ce reglementează conflictul de interese.

Având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, legislația în domeniul achizițiilor publice/achizițiilor sectoriale impune anumite obligații în sarcina ofertantului cu privire la subcontractanți, obligații care nu există în cazul furnizorilor [...].

[...]

În esență, pentru îndeplinirea activităților aferente unei/unor părți din contract, **subcontractanții propuși de contractant trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare și nu trebuie să se afle în situațiile de excludere** (prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin. (1) și art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv cele prevăzute la art. 177, 178 și 180. din Legea nr. 99/2016, potrivit dispozițiilor art. 183 alin. (1) și art. 187 alin. (1) din Legea nr. 99/2016).

Față de obligațiile precizate mai sus și **luând în considerare faptul că acestea nu există în cazul furnizorilor**, referitor la calitatea de furnizor într-un contract de lucrări sau servicii, putem concluziona asupra următoarelor aspecte:

- nu echivalează cu realizarea, executarea lucrărilor/serviciilor respective;
- nu implică pentru acesta obligația legală de a nu se afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din lege;
- nu există obligația legală pentru ofertant de a preciza datele de identificare ale furnizorilor;
- nu sunt solicitate ofertantului/candidatului informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a furnizorilor, neexistând nici dreptul de a solicita în documentația de atribuire lista furnizorilor;
- nu există obligația completării DUAE pentru furnizor.

Corelativ celor anterior menționate, în cazul furnizorului/furnizorilor:

- această calitate nu poate fi invocată ca experiență similară în realizarea unui contract de achiziție publică de servicii;

- **capacitatea tehnică și profesională a furnizorului/furnizorilor unui ofertant nu va fi luată în considerare, deoarece ei nu sunt implicați direct în contract;**

- nu se pot face plăți directe de către autoritatea contractantă către furnizorul/furnizorii unui ofertant.

Din conținutul documentației de atribuire rezultă expres obligativitatea ca ofertanții să aibă capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului, fie direct, fie prin intermediul subcontractanților precizați încă de la momentul ofertării, în condițiile certe în care autorității îi revin obligații legale extrem de importante cu privire la verificarea subcontractanților în etapa de evaluare a ofertelor, nu în aceea de executare a contractului. Conform legii achizițiilor publice:

Art. 55. - (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze **în ofertă** ori în solicitarea de participare:

- a) partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze; și

- b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

Art. 60. - (1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 59, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:

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

(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.

(3) În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declarația pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situațiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire.

Este limpede că eventuala completare ulterioară a ofertei asocierii cu un subcontractant ar conduce la o avantajare nepermisă de lege [art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].

În prezenta cauză, este clar că furnizarea, instalarea și punerea în funcțiune a centralei termice realizate de fac parte din obiectul contractului, motiv pentru care asocierea ofertantă avea obligația de a-l declara subcontractant. În condițiile în care ofertanta știe, de la elaborarea ofertei, așa cum este cazul în speță, că nu poate realiza o parte din activitățile care fac parte din obiectul contractului de achiziție decât prin intermediul unei terțe persoane care, potrivit legii, deține calitatea de subcontractant, atunci este obligat să indice subcontractantul și partea pe care acesta o va realiza.

Neputând fi verificată eligibilitatea și situația de conflict de interese a subcontractantului, Consiliul stabilește că soluția de respingere a ofertei asocierii, în mod corect a fost luată.

Neexistând motive pentru infirmarea deciziei autorității contractante, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, excepția tardivității contestației invocată de către autoritatea contractantă.

În baza aceleiași temeii din lege, respinge, ca nefondată, contestația formulată de, 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 prezentei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.