CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ……., reprezentată legal de ..... și convențional de ……. ……, cu sediul procesual ales în ....., împotriva adresei nr. ...../....., emisă de COMUNA ..... (PRIMĂRIA .....), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., județul ....., în cadrul procedurii de atribuire simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare drum forestier ……. în sat ....., județul .....", cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-au solicitat:

„- suspendarea procedurii de licitație;

- anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei subscrisei ca „neconformă";

- anularea adresei de comunicare nr. ...../....., emisă de autoritatea contractantă;

- anularea tuturor actelor subsecvente întocmite de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri de licitație, inclusiv dar fără a se limita la raportul procedurii;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, din etapa evaluării ofertelor tehnice;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată."

Prin cererea de intervenție nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., SC ..... SRL, cu sediul în localitatea ....., ..., ..., ..., județul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având Cod de Identificare Fiscală ....., reprezentată de ....., în calitate de administrator, s-a solicitat: „admiterea prezentei cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de către ofertantul ..... SA, cu consecința menținerii în totalitate a raportului procedurii nr. ……../05.04..... precum și a actelor subsecvente emise de către autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri".

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ...../16.04....., astfel cum a fost aceasta precizată prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ……/....., formulată de către ..... SA, cu datele de identificare menționate anterior, împotriva adresei nr. ...../....., precum și a adreselor nr. ……/04.04....., nr. ……/014.04..... și nr. ……/04.04....., emise de către COMUNA ..... (PRIMĂRIA .....), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-au solicitat:

„- anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei ca neconformă,

- anularea adreselor de comunicare nr. ...../....., nr. ……/04.04....., nr. ……/04.04..... și nr. ……/04.04....., emise de autoritatea contractantă,

- anularea tuturor actelor subsecvente întocmite de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri de licitație, inclusiv dar fără a se limita la raportul procedurii,

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, din etapa evaluării ofertelor tehnice,

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată."

Contestațiile și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art.17 din Legea nr.101/2016 și art.66 alin. (1), art.67 alin.(1) și art.123 alin.(1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor 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 contestațiile de față, prin care ..... SA critică adresele nr. ...../....., nr. ……/04.04....., nr. ……/04.04..... și nr. ……/04.04....., emise de COMUNA ..... (PRIMĂRIA .....), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Modernizare drum forestier …….. în sat ....., județul .....", solicitând cele menționate în partea introductivă.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., contestatorul arată că adresa

nr. ..... din ....., prin care autoritatea contractantă i-a comunicat decizia de respingere a ofertei, nu conține/nu are la bază motivele concrete pentru care s-a concluzionat că oferta depusă nu era în conformitate cu documentația de atribuire.

Apreciind nelegală și neîntemeiată decizia de respingere a ofertei sale, contestatorul precizează că, în etapa de evaluare tehnică, autoritatea contractantă a considerat că sunt necesare mai multe clarificări privind oferta depusă, fiindu-i adresate un număr de nouă întrebări, la care societatea sa a răspuns, punctual, la fiecare întrebare, redând, pe larg, argumente care, în opinia sa, dovedeau că oferta depusă respecta documentația de atribuire.

Pe de altă parte, prin raportare la dispozițiile art. 215 și art. 216 din Legea nr. 98/2016, contestatorul susține că autoritatea contractantă avea obligația de a indica motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, iar menționarea, la modul general, a faptului că oferta nu este în conformitate cu documentația de atribuire, nu poate să fie considerată o motivare suficientă și legală a deciziei de respingere.

Potrivit contestatorului, motivele de respingere a unei oferte, respectiv declararea ei ca neconformă sau inacceptabilă, trebuie să rezulte cu claritate din actul comisiei de evaluare, deoarece pe acel element s-a întemeiat voința autorității contractante cu privire la o anumită ofertă.

În opinia sa, decizia autorității contractante, comunicată prin adresa nr. ...../27.02....., nu a îndeplinit exigențele legale impuse de legiuitor, având ca ..... atât încălcarea dreptului la apărare, cât și imposibilitatea exercitării controlului de legalitate, pe fondul deciziei.

Astfel, contestatorul susține că motivarea deciziei de respingere a unei oferte nu se poate limita la a indica temeiul de drept care stă la baza acesteia și la redarea unei pretinse neconformități, ci trebuie să conțină și motivele concrete care să permită, pe de o parte, destinatarilor să cunoască și să evalueze temeiurile deciziei, iar pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate, impunându-se, pe cale de consecință, admiterea contestației.

De asemenea, societatea contestatoare redă solicitările de clarificări primite din partea comisiei de evaluare, cât și răspunsurile transmise, care dovedesc, în opinia sa, conformitatea propunerii sale tehnice, apreciind că respingerea ofertei sale constituie o gravă încălcare a principiilor fundamentale ce guvernează procedurile de achiziții publice, reglementate la art. 2 alin. (2) lit. b), e) și f) din Legea nr. 98/2016.

Ca temei de drept, au fost invocate prevederile menționate în contestație.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

În cea de a doua contestație, înregistrată la Consiliu sub nr. ...../16.04....., ... SA aduce la cunoștință că autoritatea contractantă, urmare a primei contestații, la data de 04.04....., a comunicat 3 noi adrese, nr. ……/04.04....., nr. ……/04.04..... și nr.

…../04.04....., prin care a înțeles să dispună măsuri de „remediere", în sensul că explicitează motivele ce au stat la baza respingerii ofertei.

Astfel, arată contestatorul, prin adresa nr. …../04.04....., autoritatea contractantă a prezentat două motive concrete care ar fi stat la baza respingerii ofertei și care ar reflecta, în opinia acesteia, caracterul neconform al ofertei.

Cu privire la primul motiv de neconformitate, respectiv neindicarea identității unui subcontractant pentru gestionarea deșeurilor, contestatorul menționează că acest aspect a format obiectul întrebării nr. 6 din cererea de clarificări nr. ……/10.12.2018. Mai arată că, în opinia autorității contractante, societatea sa avea obligația nominalizării subcontractantului ce ar urma să realizeze activitatea amintită, dat fiind că, prin clarificarea nr. ……./19.10.2018, anterioară depunerii ofertelor, s-a specificat faptul că *„Serviciile de pază și gestionarea deșeurilor fac parte din obiectul contractului*". De asemenea, contestatorul susține că autoritatea contractantă a apreciat că se impunea individualizarea și indicarea subcontractantului și depunerea formularului DUAE pentru acesta.

Apreciind nelegale considerentele autorității contractante, contestatorul afirmă că serviciile de gestionare a deșeurilor nu fac, propriu-zis, obiectul contractului de achiziție publică și nu avea, în niciun caz, obligația de a indica subcontractantul la acest moment, având în vedere că identitatea sa nu este cunoscută.

În argumentare, ... SA subliniază faptul că gestionarea deșeurilor nu este un serviciu care să facă parte din obiectul propriu-zis al contractului de achiziție publică, poziția autorității contractante având la baza răspunsul dintr-o cerere de clarificări (nr. …../19.10.2018), în etapa elaborării ofertelor. Totodată arată că obiectul
contractului îl reprezintă „lucrări de construcții de drumuri”, iar serviciul de „gestionare deșeuri” nu este parte efectivă a obiectului acestuia.

În realitate, susține contestatorul, sensul răspunsului la clarificări oferit de autoritatea contractantă este, în mod evident, acela că „gestiunea deșeurilor" rezultă din lucrări și este responsabilitatea executantului, ceea ce nu înseamnă că executantul prestează un serviciu distinct de gestionare deșeuri în favoarea autorității contractante.

Potrivit contestatorului, pentru a se putea reține că serviciul de gestionare a deșeurilor ar putea fi parte a contractului, ar trebui să fim în prezența unei achiziții mixte, astfel cum este aceasta definită de dispozițiile art. 34 și următoarele din Legea nr. 98/2016, aspect neconfirmat de obiectul contractului menționat în fișa de date a achiziției.

De asemenea, precizează că activitatea de gestionare a deșeurilor este una conexă contractului de achiziție publică, ce intră în responsabilitatea executantului, dar nu intră în obiectul propriu-zis al contractului de achiziție publică.

Similar, arată contestatorul, sunt multe alte elemente conexe contractului de achiziție publică, care, însă, nu pot fi catalogate ca fiind

parte a contractului. Nefiind într-adevăr o componentă a obiectului contractului, rezultă că agentul economic de specialitate, prin intermediul căruia societatea sa va gestiona această componentă nu are, în opinia contestatorului, calitatea de „subcontractant”, așa cum această noțiune este definită de art. 3 alin. (1) pct. 51 din Lege nr. 98/2016.

Astfel, contestatorul apreciază nu se pune problema ca societatea sa să fi avut obligația să individualizeze agentul economic la care va apela sau să prezinte DUAE pentru acesta, nefiind vorba de un subcontractant.

Pe de altă parte, contestatorul susține că nu avea obligația de a prezenta identitatea subcontractantului, el nefiind cunoscut la acel moment, însă a indicat autorității contractante faptul că activitatea de „gestionare deșeuri” urmează să fie subcontractată unui terț. Având în vedere că nu cunoaște, la acest moment, identitatea acestui terț, contestatorul arată că nu a depus documente în acest sens, demersul cu pricina urmând a fi realizat ulterior, în deplină concordanță cu documentația de atribuire și Legea nr. 98/2016.

Indicând cerințele cap. III.1.3.a), pct. 2 din fișa de date a achiziției, respectiv *„ofertantul are obligația de a preciza partea/părți din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși, dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertelor*”, contestatorul arată că ofertanții aveau obligația de a preciza identitatea subcontractantului doar în ipoteza în care ei sunt cunoscuți la momentul întocmirii ofertei, astfel că, *per a contrario*, dacă subcontractantul nu este cunoscut, participantul are strict obligația de a indica faptul că urmează să subcontracteze acea parte din contract.

Or, subliniază contestatorul, în acest sens a procedat și societatea sa, indicând faptul că activitatea de gestiune a deșeurilor urmează să fie realizată de o societate de specialitate, pe care o va contracta, însă din moment ce aceasta nu îi era cunoscută la momentul întocmirii ofertelor, nu a putut indica datele sale de identificare și nici nu avea această obligație, conform documentației de atribuire. Mai mult, specificațiile documentației sunt dublate și de prevederile Legii nr. 98/2016, ce autorizează în mod expres identificarea subcontractanților ulterior depunerii ofertei, sens în care contestatorul înțelege să invoce dispozițiile art. 55, art. 219, art. 179 și art. 218 din acest act normativ.

În concluzie, contestatorul opinează că indicarea faptului că gestiunea deșeurilor se va realiza prin intermediul unei societăți de specialitate (subcontractant) este suficientă pentru ca oferta sa să fie considerată conformă.

Referitor la cel de-al doilea motiv reținut pentru respingerea ofertei, respectiv neîntocmirea conformă a Graficului Gantt, prin raportare la răspunsul dat de autoritatea contractantă la clarificarea nr. …./17.10.2018, contestatorul arată că, ceea ce i se impută este faptul că ar fi completat acest grafic cu o durată de execuție de 16 luni și nu de 12 luni, așa cum se solicită în documentația de atribuire.

În cuprinsul răspunsului dat la clarificarea nr. …./17.10.2018, autoritatea contractantă a menționat faptul că „perioada efectivă de execuție va fi de 12 luni calendaristice, începând cu luna aprilie .....".

Astfel, Graficul Gantt depus în cadrul ofertei a fost realizat, conform solicitării autorității contractante, pentru o perioadă de 12 luni calendaristice, începând cu 1 aprilie ..... Au fost respectate integral cerințele documentației de atribuire, așa cum acestea au fost clarificate de autoritatea contractantă, graficul neținând cont de perioada de timp friguros și având o perioadă de execuție de 12 luni calendaristice.

Raportat la toate cele redate mai sus, contestatorul consideră ca fiind de ordinul evidenței că, prin răspunsurile la clarificări formulate, a dovedit că propunerea tehnică era în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, decizia autorității contractante fiind nelegală, neîntemeiată.

Ca temei de drept, au fost invocate prevederile menționate în contestație.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. …./04.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/04.04....., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la prima contestație, menționând că adresa de comunicare a rezultatului procedurii cu motivele concrete ale respingerii nu a fost trimisă, procedura de față fiind în plină desfășurare, aflându-se în etapa de evaluare a documentelor justificative.

Față de criticile din contestație, autoritatea susține că adresa de comunicare nr. ...../..... a fost trimisă în scop informativ la finalizarea evaluării tehnice, comunicările finale, în care se vor detalia motivele concrete ale respingerii, urmând a fi trimise la finalizarea procedurii, când se va publica raportul procedurii.

Autoritatea contractantă consideră că, prin comunicarea nr. ...../....., transmisă contestatorului, a îndeplinit cerințele prevăzute de art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, întrucât a informat cu privire la decizia luată, cât și cu privire la motivele deciziei prin trimiterea la art. 215 alin. (5) din același act normativ.

Totodată, invocând dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă învederează faptul că înțelege să adopte măsuri de remediere, în sensul că va transmite, la finalul procedurii, comunicarea finală conținând motivele concrete care au stat la baza adoptării fiecărei decizii.

Ulterior, prin adresa nr. ……/16.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/16.04....., autoritatea contractantă învederează faptul că a adoptat măsuri de remediere, în sensul în care a emis o nouă comunicare a rezultatului procedurii, cu nr. 1008 din 04.04....., prin care a detaliat motivele concrete care au stat la baza deciziei de declarare ca neconformă a ofertei depuse de ..... SA, astfel încât, contestaţia formulată în data de 01.04..... a rămas fără obiect.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că, prin adresa din ....., contestatorul a completat contestația inițială cu noi critici, și

a menținut critica referitoare la adresa de comunicare a rezultatului nr. ...../....., deși au fost luate măsuri de remediere, drept care, în considerarea dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, apreciază aceste noi critici ca fiind inadmisibile.

Pe cale de consecință, COMUNA ..... (PRIMĂRIA .....) solicită respingerea contestației formulate în data de 01.04....., ca lipsită de obiect, iar adresa de completare a acesteia, formulată în data de ....., ca fiind inadmisibilă, deoarece a introdus noi capete de cerere.

Față de motivele concrete care au stat la baza deciziei de declarare, ca neconformă, a ofertei depuse de ..... SA, autoritatea contractantă face trimitere la solicitarea de clarificări nr. 9/19.10.2018 și răspunsul aferent acesteia, subliniind faptul că serviciile de gestionare a deșeurilor fac, fără echivoc, obiectul contractului.

Referitor la susținerea contestatorului potrivit căreia nu avea obligația de a prezenta identitatea subcontractorului, deoarece nu era cunoscut la acel moment, autoritatea contractantă arată că aceasta nu poate fi reținută ca întemeiată, întrucât nu poate fi invocată propria culpa ca motiv de neîndeplinire a acestei obligații. Sensul prevederilor legale privind subcontractorii a căror identitate nu este cunoscută se referă la situația în care, la momentul întocmirii ofertelor, nu existau indicii privind necesitatea subcontractării, ori, în speță, serviciile de gestionare a deșeurilor fac obiectul contractului, acest aspect fiind cunoscut tuturor ofertanților. Faptul că ofertantul nu cunoaște identitatea subcontractorului pentru serviciile de gestionare a deșeurilor reprezintă, în mod evident, propria sa culpa. Mai mult, afirmațiile contestatorului potrivit cărora nu cunoaște, la acest moment, identitatea subcontractantului pentru gestionarea deșeurilor, ridică semne de întrebare cu privire la modul în care a fost întocmită propunerea financiară, în lipsa unor oferte concrete de la firmele de specialitate.

Cu privire la modalitatea de întocmire a „Graficului Gantt”, autoritatea contractantă redă solicitarea de clarificări nr. 2/17.10.2018 și răspunsul aferent acesteia, arătând că, prin acesta, a confirmat faptul că perioada efectivă de execuție va fi de 12 luni calendaristice, în graficul Gantt urmând a se face referire la lunile în care se lucrează efectiv – în sensul că activitățile aferente contractului se vor distribui în lunile în care se lucrează efectiv. Potrivit autorității contractante, acesta este sensul întrebării și răspunsului, aspect confirmat și de următoarea precizare privind data de începere a contractului, unde a arătat că, fiind perioada de iarnă, obiectivul se află în zona de munte, începerea lucrărilor se va considera luna aprilie ..... Prin urmare, subliniază autoritatea, niciunde în clarificare nu se precizează că se vor executa lucrări pe timp friguros, ci dimpotrivă, iar durata totală a contractului este fermă – 12 luni calendaristice. În opinia sa, orice alt înțeles al clarificării nu are susținere, drept care solicită respingerea, ca nefondat, și a acestui capăt de cerere.

Prin adresa nr. ……/.....-...../16.04....., în considerarea dispozițiilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și

completările ulterioare, Consiliul a solicitat contestatorului un punct de vedere cu privire la excepția invocată de autoritatea contractantă în cuprinsul adresei nr. ……./16.04....., precum și să precizeze dacă înscrisul denumit „cerere adițională”, înregistrat la CNSC sub nr. ...../16.04....., reprezintă o completare a contestației inițiale sau o nouă contestație, în acest din urmă caz fiind necesară constituirea cauțiunii, în considerarea dispozițiilor art. 611 din același act normativ.

La această solicitare, contestatorul a răspuns prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. ……./....., strict cu privire la natura cererii adiționale, subliniind faptul că aceasta nu reprezintă o completare a contestației introductive, ci o nouă contestație, întrunind toate elementele prevăzute de legiuitor la art. 10 din Legea nr. 101/2016, sens în care depune la dosarul cauzei și dovada constituirii cauțiunii.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. ……./..... intitulată „note de ședință”, contestatorul răspunde susținerilor autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, arătând următoarele:

Referitor la lipsa de obiect a contestației din data de 01.04....., societatea contestatoare consideră că unica ipoteză în care contestația, în forma inițială, ar fi rămas fără obiect, ar fi fost dacă autoritatea contractantă ar fi revocat rezultatul procedurii din data de ....., însă, autoritatea contractantă nu a revocat actul, ci l-a „completat” ulterior, cu motive noi, fapt ce confirmă nelegalitatea actului în sine.

Prin urmare, atât timp cât actul contestat este în vigoare (nefiind revocat/anulat), anularea acestuia, ca efect al admiterii contestației, ar avea ca ..... anularea tuturor actelor subsecvente, inclusiv, dar, fără a se limita la, actele ce au fost contestate prin cererea adițională.

Pe cale de consecință, contestatorul susține ca este lipsit de echivoc că demersul său de contestare, în forma introductivă, nu a rămas fără obiect.

Cu privire la inadmisibilitatea cererii adiționale formulată la data de ....., contestatorul menționează că nu a adus completări, modificări și nu a formulat capete de cerere noi față de contestația inițială. Obiectul acesteia îl reprezintă contestarea actelor ulterioare emise de către autoritatea contractantă în data de 04.04....., respectiv 05.04.....

Textul legal este clar și neechivoc în sensul că nu îi este permis contestatorului să aducă critici noi, completări, să formuleze petite noi cu privire la actele emise de autoritatea contractantă ce au format obiectul contestației introductive, și nicidecum la eventuale alte acte ale autorității contractante ce au fost emise ulterior înregistrării contestației.

De asemenea, textul legal interzice formularea unor cereri noi după expirarea termenului legal de formulare a contestației. *Per a contrario* orice cerere, critică, modificare, precizare poate fi formulată, cu condiția să fie formulate în termenul legal de contestare.

Admisibilitatea formulării unei cereri adiționale este evidentă și prin raportare la prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016 care prevede în mod expres că legea se completează cu prevederile Codului de Procedură Civilă.

Contestatorul susține că cererea adițională din data de ..... vizează acte noi, ulterioare, ale autorității contractante, întrunește toate elementele contestației, astfel cum au fost impuse de legiuitor prin Legea nr. 101/2016 și a fost formulată în termenul legal de contestare a actelor emise de autoritatea contractantă în data de 04.04....., respectiv 05.04.....

Cu privire la *„pretinsa invocare a propriei culpe în ceea ce privește la neîndeplinirea obligației de indicare a subcontractanților”*, contestatorul menționează prevederile pct. III.1.3.a), pct. 2 din fișa de date, art. 55, art. 179, art. 218 și art. 219 din Legea nr. 98/2016, și subliniază faptul că are obligația de a indica identitatea subcontractanților, doar dacă aceasta este cunoscută la data formulării ofertei, iar dacă nu este cunoscută identitatea subcontractanților, ofertantul trebuie să indice exclusiv că o anumită activitate aferentă contractului va face obiectul subcontractării, precum și faptul că ofertantul poate indica identitatea subcontractanților până la semnarea contractului de achiziție, sau chiar ulterior acestui moment.

Având în vedere că a indicat că *„gestiunea deșeurilor”* se va realiza prin intermediul unei societăți de specialitate (subcontractant), contestatorul apreciază această mențiune suficientă pentru ca oferta să fie considerată conformă, în condițiile în care nu îi era cunoscută identitatea acestui subcontractant. Pe cale de consecință, solicită să se rețină că acest motiv de neconformitate a ofertei este vădit neîntemeiat și se impune a fi înlăturat.

Referitor la „pretinsa neconformitate derivând din modalitatea de întocmire a «Graficului Gantt»”, contestatorul învederează că, în cuprinsul răspunsului dat la clarificarea nr. ……./17.10.2018, autoritatea contractantă a menționat, în mod expres și neechivoc, faptul că „perioada efectivă de execuție va fi de 12 luni calendaristice începând cu luna aprilie .....".

Din simpla lecturare a Graficului Gantt depus de societatea sa rezultă, în opinia contestatorului, că acesta este realizat conform solicitării autorității contractante pentru o perioadă de 12 luni calendaristice, începând cu 1 Aprilie ..... Astfel, sunt respectate integral cerințele documentației de atribuire, așa cum acestea au fost clarificate de Comuna ....., graficul neținând cont de perioada de timp friguros și având o perioada de execuție de 12 luni calendaristice.

În opinia contestatorului, poziția autorității contractante ar fi avut un temei în măsura în care răspunsul la clarificarea nr. ……./17.10.2018 ar fi fost invers față de cel transmis. Mai exact, în măsura în care autoritatea contractantă ar fi menționat că trebuie să țină cont de perioada de timp friguros, s-ar fi pus problema întocmirii graficului într-o altă modalitate.

În concluzie, societatea contestatoare consideră că, prin răspunsurile la clarificări a dovedit că propunerea tehnică era în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, decizia autorității contractante fiind în mod evident nelegală/neîntemeiată.

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., SC ..... SRL a depus cerere de intervenție, solicitând respingerea contestației, ca nefondată.

În preambul, intervenientul arată că societatea sa justifică un interes născut, prezent și actual de a interveni pentru susținerea poziției exprimate de autoritatea contractantă, fiind ofertantul declarat câștigător în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Pe fond, referindu-se la prima critică a contestatorului, intervenientul arată că, potrivit răspunsului la clarificarea nr. ……../23.10.2018, autoritatea contractantă a menționat în mod expres faptul că *„serviciile de pază a șantierului și gestionarea deșeurilor fac parte din obiectul contractului”*. Astfel, ofertanții aveau obligația de a realiza toate componentele din obiectul contractului conform prevederilor legale în materia achizițiilor publice, respectiv prin intermediul asociaților, terților susținători sau a subcontractorilor.

Societatea contestatoare nu a precizat în cadrul procedurii, în calitate de subcontractor, entitatea care va realiza activitățile privind gestionarea deșeurilor, parte din obiectul contractului. Având în vedere faptul că nu a declarat entitatea care va realiza activitățile privind gestionarea deșeurilor, parte din obiectul contractului, în calitate de subcontractor, această activitate nu poate fi realizată, ceea ce face ca oferta să devină neconformă.

Potrivit intervenientului, chiar dacă contestatoarea nu avea cunoștință de datele de identificare a subcontractorului, uzând de prevederile art. 55 din Legea nr. 98/2016, aceasta avea obligația de a menționa faptul că intenționează subcontractarea acestei activități din obiectul contractului.

Având în vedere că nu a menționat nici măcar intenția de a subcontracta aceste activități este evident faptul că ofertantul contestator nu va putea realiza aceste activități în lipsa autorizațiilor necesare emise de către autoritățile statului. Conform prevederilor legale în materia achizițiilor publice, activitățile ce fac parte din obiectul contractului pot fi realizate doar prin intermediul asociaților, terților susținători sau a subcontractorilor.

Prin nedeclararea tuturor subcontractorilor în cadrul ofertelor la momentul depunerii, contestatorul nu a respectat cerințele documentației de atribuire, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității contractante și au declarat toți subcontractorii la momentul depunerii ofertelor - împreună cu costurile suplimentare aferente.

Față de afirmația contestatorului din răspunsul la clarificări, cum că această activitate va fi realizată de o entitate în baza unui *„contract de prestări servicii”*, intervenientul arată că entitățile juridice care sunt semnatare ale contractelor de prestări servicii depuse în cadrul ofertei și care s-au obligat față de ofertant să realizeze serviciile ce fac obiectul contractului de achiziție publică, trebuiau să fie declarate ca subcontractori, deoarece acest contract de prestări servici reprezintă, în

realitate, în cadrul procedurilor de achiziție publică, veritabile acorduri de subcontractare a serviciilor ce fac obiectul contractului de achiziție publică.

În susținere, intervenientul invocă jurisprudența CNSC și a instanțelor de judecată.

Astfel, intervenientul concluzionează că, atât din analiza prevederilor legale, precum și din jurisprudența constantă în materie, rezultă că, printr-un contract de colaborare, se pot realiza de către entități, în calitate de furnizori, doar acele servicii/lucrări care nu fac parte din obiectul contractului. *Per a contrario*, chiar dacă nu este precizat în mod expres în documentația de atribuire, activitățile ce fac obiectul contractului se pot realiza doar de către asociați, terți susținători și subcontractanți și nu de terți, furnizori care sunt prestatori de servicii.

În lipsa unei subcontractări legale a acestor activități, intervenientul arată că ofertantul nu poate realiza în mod legal o parte din obiectul contractului, sens în care propunerea tehnică întocmită este neconformă.

În ceea ce privește cea de a doua critică formulată de societatea contestatoare, respectiv neconformitatea Graficului Gantt, intervenientul precizează că, prin clarificarea nr……/18.10.2018, autoritatea contractantă a menționat faptul că durata efectivă de execuție este de 12 luni calendaristice, rezultând astfel că perioada de execuție care trebuie menționată de ofertanți, se referă doar la perioada efectivă de realizare a lucrărilor. În cadrul răspunsului la clarificare nu s-a menționat faptul că ofertanții nu au obligația de a ține cont de prevederile Normativului privind execuția lucrărilor pe perioada de timp friguros, ci doar că vor fi evidențiate perioadele efective de realizare a lucrărilor.

Prin răspunsul la clarificări autoritatea contractantă a menționat doar faptul că la întocmirea Graficului Gantt nu se va ține cont de perioada de timp friguros, dar prevederile Normativului privind execuția lucrărilor pe perioada de timp friguros rămân aplicabile.

Lucrările menționate de către contestator și care urmează a fi executate în cadrul contractului, nu pot fi realizate conform Normativului privind execuția lucrărilor pe perioada de timp friguros, în lunile noiembrie-martie.

În vederea depunerii unei oferte conforme, contestatorul avea obligația de a menționa în Graficul Gantt execuția lucrărilor posibil a fi realizate conform Normativului privind execuția lucrărilor pe perioada de timp friguros, iar durata totală de realizare este de 12 luni calendaristice.

Având în vedere faptul că ofertantul contestator a prevăzut în lunile noiembrie - martie lucrări care nu pot fi realizate în această perioadă, graficul Gantt depus nu este conform cu durata de execuție precizată de către autoritatea contractantă, respectiv 12 luni calendaristice.

Față de cele menționate anterior, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulate cu consecința menținerii în totalitate a raportului, rezultatului procedurii și a actelor subsecvente.

Prin adresa nr. ……../25.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/25.04....., autoritatea contractantă transmite punct de vedere cu privire la cea de a doua contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată, și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază caracterul fondat al cererii de intervenție, susținerile din cuprinsul acesteia fiind în măsură să demonstreze faptul că, în cadrul prezentei proceduri au fost respectate prevederile legale din domeniul achizițiilor publice și principiile privind evaluarea echitabilă și imparțială a tuturor ofertelor.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ……../08.05....., contestatorul formulează Întâmpinare prin care solicită respingerea cererii de intervenție, ca neîntemeiată, și obligarea intervenientei la plata cheltuielilor de judecată în solidar cu autoritatea contractantă.

Contrar afirmațiilor intervenientului, contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă nu a respins oferta sa pentru că nu ar fi indicat subcontractarea activității de gestionare a deșeurilor, ci pentru că nu a precizat identitatea acestui subcontractant și nu a depus DUAE aferent, deși, conform apărărilor anterioare, rezultă că atât prevederile legale, cât și fișa de date permit identificarea subcontractanților la un moment ulterior depunerii ofertelor.

De asemenea, și afirmațiile intervenientului cu privire la cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei sunt apreciate nefondate de contestator, dat fiind că modul de întocmire a graficului Gantt a respectat cerințele documentației de atribuire, astfel cum au fost acestea clarificate de autoritatea contractantă, graficul neținând cont de perioada de timp friguros și având o perioadă de 12 luni calendaristice.

Față de cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. ….. ……/05.04....., în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestațiilor și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

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

COMUNA ..... (PRIMĂRIA .....), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare drum forestier Șoimu Tina în sat ....., județul .....”, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. ...../....., cu o valoare estimată de 6.232.705,15 lei, fără TVA.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat, în data de 01.11.2018, în SICAP, asociat anunțului de participare simplificat, la

procedură s-au prezentat patru operatori economici, respectiv (1) SC ..... SRL, (2) SC ……. SRL, (3) …… și (4) ..... SA.

În urma finalizării etapei de evaluare tehnică, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal de evaluare nr. 2, înregistrat sub nr. ……./25.03....., și a înțeles să transmită ofertanților rezultatul acestei evaluări, în data de .....

Prin raportul procedurii nr. ……/05.04....., comisia de evaluare a consemnat modul de desfășurare a procedurii de achiziție publică, admisibilitatea și desemnarea câștigătoare a ofertei SC ..... SRL, precum și respingerea celorlalte oferte primite.

Nemulțumit de faptul că adresa de comunicare, din data de ....., nr. ....., nu conține motivele de fapt care au stat la baza respingerii ofertei sale, ... SA (constituind cauțiunea aferentă conform dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă. Prin Încheierea nr. ……./...../...../12.04....., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii de atribuire, respingând-o, ca nefondată.

Se mai reține că, ulterior, prin adresa nr. ……/04.04....., autoritatea contractantă a transmis răspunsul său cu măsurile adoptate, considerate necesare, urmare a contestației primite.

Măsurile de remediere adoptate au fost comunicate contestatorului prin adresele nr. ……/04.04..... și nr. ……./04.04.....

Împotriva acestora, ... SA (constituind cauțiunea aferentă conform dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ...../16.04....., astfel cum a fost aceasta precizată prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ……../....., solicitând:

„- anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei ca neconformă,

- anularea adreselor de comunicare nr. ...../....., nr. ……/04.04....., nr. ……/04.04..... și nr. ……/04.04....., emise de autoritatea contractantă,

- anularea tuturor actelor subsecvente întocmite de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri de licitație, inclusiv dar fără a se limita la raportul procedurii,

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, din etapa evaluării ofertelor tehnice,

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată."

Cu titlu preliminar, se reține că adresa înregistrată la CNSC cu nr. ...../16.04..... conține toate elementele unei contestații, inclusiv cauțiunea necesară, conform dispozițiilor art. 10 și art. 611 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, fiind formulată în termenul legal, stabilit de art. 8 din același act normativ, astfel că, deși ea a fost denumită inițial de ..... SA, ca fiind o „cerere adițională", Consiliul acceptă recalificarea, dată de autorul ei prin adresa

înregistrată la CNSC cu nr. ……../....., într-o contestație, aceasta urmând a fi analizată ca atare.

Depășind introducerea de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza cu prioritate excepția rămânerii fără obiect a contestației înregistrată la CNSC cu nr. ...../....., invocată de autoritatea contractantă, reținând că, aspectul principal de nelegalitate reclamat prin intermediul contestației amintite face referire la necomunicarea, în cuprinsul actului atacat – adresa nr. ...../....., a motivelor care au condus la respingerea ofertei contestatorului, cu încălcarea dispozițiilor art. 215 și 216 din Legea nr. 98/2016.

Se mai reține, de asemenea, că, ulterior primirii contestației, autoritatea contractantă a înțeles să adopte măsuri de remediere, materializate prin adresele nr. ……../04.04..... și nr. ……/04.04....., prin care a transmis contestatorului motivele de fapt și de drept care au condus la adoptarea deciziei de respingere a ofertei sale.

În consecință, Consiliul constată că, raportat la motivele care au condus la formularea ei, contestația înregistrată la CNSC cu nr. ...../..... este rămasă fără obiect, măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, în considerarea dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, fiind de natură să înlăture aspectele de nelegalitate criticate în cuprinsul acesteia. Chiar dacă în cuprinsul contestației, autorul ei formulează critici și cu privire la motivele de respingere ale ofertei, Consiliul reține că acestea au la bază exclusiv simplele presupuneri ale contestatorului, respectiv considerentele pe care el apreciază că ar fi putut fi avute în vedere de autoritatea contractantă la adoptarea deciziei de respingere. Mai mult, se reține că, în contextul formulării unei noi contestații cu privire motivele efective de respingere a ofertei, Consiliul se va pronunța asupra temeiniciei acestora cu ocazia analizării celei de-a doua contestații formulate de ..... SA.

Astfel, dat fiind că măsurile de remediere au fost în măsură să suplinească lipsurile reclamate de contestator, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă, și în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, va respinge, ca rămasă fără obiect, contestația înregistrată la CNSC cu nr. ...../.....

Ținând cont de situația de fapt anterior expusă, precum și de dispozițiile art. 454 din Codul de procedură civilă, respectiv „Pârâtul care a recunoscut, la primul termen de judecată la care părţile sunt legal citate, pretenţiile reclamantului, nu va putea fi obligat la plata cheltuielilor de judecată, cu excepţia cazului în care, prealabil pornirii procesului, a fost pus în întârziere de către reclamant sau se afla de drept în întârziere (...)”, în temeiul dispozițiilor coroborate ale art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, art. 68 din aceeași lege și art. 454 din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge și cererea privind

acordarea cheltuielilor de judecată, formulată de ..... SA în cuprinsul acestei contestații.

Relativ la contestația secundă, înregistrată la Consiliu cu nr. ...../16.04....., Consiliul observă că aceasta cuprinde critici privind motivele reținute de comisia de evaluare în decizia de respingere a ofertei contestatorului.

Pe fond, analizând susținerile părților și documentele probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, potrivit adresei nr. ……/04.04....., oferta contestatorului a fost respinsă în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, precum și în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) și art. 133 alin. (2) din același act normativ, deoarece au fost identificate următoarele neconformități:

„Referitor la gestionarea deșeurilor, în conformitate cu prevederile din Legea 98/2016 Art.3 (yy), Subcontractant- orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică şi 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;

Prevederile legislative sunt elocvente în sensul că orice entitate care executa părți din obiectul contractului are calitatea de subcontractor. Prin urmare dacă aceste activități nu vor fi executate de către ofertanți, aceștia aveau obligația să declare subcontractorii care vor realiza aceste activități. Având în vedere clarificările prin care se arata că serviciile de pază a șantierului și gestionarea deșeurilor fac obiectul prezentului contract, nu exista incertitudini în privința obligativității și importanței acestor servicii astfel încât la momentul depunerii ofertelor toți ofertanții erau în cunoștință de cauză față de toate activitățile ce fac parte din obiectul contractului, iar față de cele care nu puteau să le realizeze, aveau obligația să coopteze subcontractori sau asociați.

Fișa de Date - III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională pct. (2) - Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși, dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei.

Modalitate de îndeplinire: DUAE completat de ofertant va include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare, Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul vor completa la rândul lor un DUAE separate, incluzând informațiile, referitoare la situațiile de excludere astfel cum acestea sunt menționate la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016 precum și cele care prezintă relevanță din perspectiva capacităților pe care se bazează ofertantul. Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta va prezenta DUAE doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere. În consecință consideram răspunsul dumneavoastră neconcludent.

întrebarea 9

Referitor la Clarificarea menționată: Cele 12 luni reprezintă durata de execuție astfel la realizarea Graficului Gantt nu se va ține cont de perioada de

timp friguros, iar perioada efectiva de execuție va fi de 12 luni calendaristice, se va face referire la lunile in care se lucrează efectiv, arătam că precizarea potrivit căreia la realizarea Graficului Gantt nu se va ține cont de perioada de timp friguros...se va face referire la lunile in care se lucrează efectiv, are înțelesul ca graficul Gantt se va întrerupe sau nu se va prezenta pentru aceasta perioadă, în graficul Gantt urmând a se face referire doar la lunile în care se lucrează efectiv. Aceasta precizare se referă strict la modalitatea formală de întocmire a graficului Gantt, nu modifică durata de execuție impusă de 12 luni calendaristice. Acest înțeles este susținut de următoarea precizare din clarificare, potrivit căreia: "perioada efectiva de execuție va fi de 12 luni calendaristice", altfel s-ar fi specificat 12 luni lucrătoare.

Nici autoritatea contractantă și niciun ofertant nu-și poate permite să riște ca în aceasta perioadă să programeze execuția unor lucrări a căror calitate este influențată defavorabil de regimul termic, și a căror executare în perioada rece nu este permisă de Normativului C16/85. Durata de 12 luni calendaristice pentru executarea lucrărilor este impusă prin prevederile FDA, cap II.2.7 Durata contractului: Durata contractului: Durata în luni: 36 și cap VI.3 Informații suplimentare: Valabilitatea contractului de lucrări este de 36 de luni, respectiv 12 luni perioada de execuție a lucrărilor, la care se adaugă 24 de luni, perioada de garanție a lucrărilor.

Precizăm că Autoritatea Contractantă nu a modificat prin erata informațiile din FDA cu privire la durată de execuție, astfel încât ofertanții aveau obligația să respecte la întocmirea Propunerilor tehnice, durata impusă prin FDA de 36 de luni, din care 12 luni - execuția lucrărilor și 24, luni garanția lucrărilor. In conformitate cu oferta depusă, am constatat că durata de execuție propusă de dumneavoastră este în fapt de 16 luni, cu 4 luni mai mare decât durata de 12 luni impusă, astfel încât oferta nu poate fi acceptată."

Din economia celor regăsite în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, se observă că decizia de respingere a ofertei contestatorului a avut la bază informațiile din cuprinsul propunerii tehnice a acestuia coroborate cu răspunsurile transmite de ofertant la întrebările nr. 6 și 9 la solicitările de clarificări nr. ……../10.12.2018, având ca obiect verificarea modului de realizare a activității de gestionare a deșeurilor, respectiv modul de întocmire a graficului Gantt, aceeași concluzie putând fi desprinsă și din susținerile autorității contractante, precum și din apărările contestatorului.

În ceea ce privește primul motiv de respingere, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

Anterior depunerii ofertelor, prin intermediul adresei de clarificări nr. 9 din 19.10.2018, înregistrată sub nr. ……/23.10.2018, publicată în SICAP, asociat anunțului aferent prezentei proceduri de achiziție publică, la întrebarea „*Vă rugăm să precizați dacă serviciile de pază a șantierului și gestionarea deșeurilor în conformitate cu prevederile legale în vigoare, fac obiectul contractului supus achiziției*", autoritatea a răspuns în mod clar și neechivoc „*Serviciile de pază a șantierului și gestionarea deșeurilor fac obiectul prezentului contract*".

Cu privire la acest aspect, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, comisia de evaluare a solicitat ofertantului contestator, prin adresa nr. ……/27.11.2018, următoarea clarificare „6. Conform

clarificării nr. ……./19.10.2018, se menționează că serviciile de pază a șantierului și gestionarea deșeurilor fac obiectul prezentului contract. Vă rugăm să precizați cum veți realiza aceste activități, având în vedere că aceste activități de gestionare a deșeurilor și paza șantierului fac obiectul contractului și necesită autorizații speciale", la care acesta a răspuns, prin adresa nr. ……/04.12.2018, astfel „Răspuns 6 (…) Referitor la gestionarea deșeurilor ..... SA va încheia un contract de prestări servicii cu o firmă de salubritate specializată în acest domeniu pentru ridicarea deșeurilor rezultate, iar în cadrul Descrierii de șantier la pag. 468 se prezintă modul de curățare și întreținere a zonelor de lucru. Menționăm faptul că costurile aferente serviciilor de pază a șantierului și gestionarea deșeurilor se regăsesc cotate în cadrul propunerii financiare devizul organizare de șantier conform clarificări publicate înainte de depunerea ofertelor".

Faptul că gestionarea deșeurilor face obiectului contractului supus achiziției, este, în opinia Consiliului, în mod cert stabilită de clarificarea nr. 9 din 19.10.2018, drept care, nefiind contestate de niciun operator economic, aceste prevederi și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, care, în ofertele depuse, erau ținuți să se raporteze la această activitate ca fiind parte a obiectului contractului.

În acest context, Consiliul reține că, prin răspunsul său, ofertantul contestator a precizat modul de realizare a activității de gestionare a deșeurilor în sensul că aceasta va fi efectuată de o firmă de salubritate specializată cu care societatea sa va încheia un contract de prestări servicii.

Potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, subcontractantul este acel „*operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop*".

Astfel, se observă că, atunci când o parte a contractului supus achiziției este furnizată/prestată/executată efectiv de o entitate străină față de ofertant, aceasta are calitatea de subcontractant, situație care conduce la aplicabilitatea dispozițiilor art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv „*În cazul în care ofertantul/candidatul intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţii privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată şi va avea anexat acordul de subcontractare. În cazul subcontractanţilor pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conţine numai informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a).*", și anume „*nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167*".

Din cuprinsul informațiilor regăsite în formularul DUAE prezentat de ofertantul contestator, rezultă că acesta participă cu ofertă individuală,

fără subcontractanți, ofertantul bifând NU la întrebarea din DUAE, Partea II, lit. D: Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează. Cu toate acestea, răspunsul transmis de contestator, comisiei de evaluare, vine să contrazică informațiile regăsite în DUAE, respectiv confirmă faptul că parte din obiectul contractantului - cea de gestionare deșeuri, nu este realizată de ofertant, ci de o firmă de salubritate cu care va fi încheiat, ulterior, un contract de prestări servicii.

Legiuitorul, prin textul de lege anterior citat, a instituit în sarcina ofertanților obligația ca atunci când aceștia intenționează că subcontracteze o parte din contract, cum este și cazul dedus judecății, să includă în propriul DUAE informații privind partea din contract care urmează să fie subcontractată corelativ cu anexarea acordului de subcontractare, precum și cu depunerea unui DUAE distinct pentru subcontractantul nominalizat.

De altfel, obligația declarării subcontractanților rezidă și din cerințele fișei de date a achiziției, respectiv:

- III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale – „(…) *In situația în care vor fi executate părți din contract de către subcontractanți, dovada înregistrării și corespondența activităților principale/secundare din cadrul acestuia cu obiectul achiziției se va prezenta obligatoriu și de către subcontractanți, pentru partea din contract pe care o vor realiza*;

- cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională pct. (2) – „*Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși, dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei. Modalitate de îndeplinire: DUAE completat de ofertant va include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare, (…) Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta va prezenta DUAE doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere*".

Pe cale de consecință, interpretarea dată de contestator sintagmei „*dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei*" în sensul că, în considerarea acesteia, era suficientă doar indicarea intenției de a subcontracta o parte din contract, fără respectarea celorlalte obligații care decurg dintr-o astfel de situație, nu poate fi validată de către Consiliu, având în vedere prevederile art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, obligația autorității de a verifica neîncadrarea în motivele de excludere a tuturor părților implicate în derularea contractantului, deci inclusiv a subcontractanților, cât și dispozițiile art. 151 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, din cuprinsul cărora rezultă că posibilitatea de a înlocui/implica subcontractanți de către contractant, în perioada de implementare a contractului, poate interveni în următoarele situații: „*a) înlocuirea subcontractanţilor nominalizaţi în ofertă şi ale căror activităţi au fost indicate în ofertă ca fiind realizate de subcontractanţi; b) declararea unor noi subcontractanţi ulterior semnării contractului de achiziţie publică în condiţiile în care lucrările/serviciile ce*

urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă fără a se indica iniţial opţiunea subcontractării acestora; c) renunţarea/retragerea subcontractanţilor din contractul de achiziţie publică".

Participanții la procedurile de achiziție publică sunt ținuți să demonstreze capacitatea lor de a executa contractul la parametri cantitativi și calitativi impuși prin documentația de atribuire, la care se adaugă clarificările postate în SICAP, ceea ce poate fi realizat doar în situația în care, în ofertă, sunt prezentate informații care să certifice îndeplinirea tuturor cerințelor impuse de autoritatea contractantă, fie individual/asociere, fie prin apelarea la entități terțe, caz care însă atrage obligația de a furniza toate informațiile referitoare la această entitate, conform reglementărilor art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Implicarea unor subcontractanți noi/necunoscuți în etapa ulterioară atribuirii contractului este permisă doar în cazul în care oferta este în măsură să demonstreze îndeplinirea tuturor cerințelor documentației de atribuire, în caz contrar, neputându-se stabili caracterul admisibil al acesteia și, pe cale de consecință, nici acordarea dreptului de a încheia contractul supus achiziției.

Or, în speța de față, ... SA a afirmat în mod clar că nu societatea sa realizează activitatea de gestionare deșeuri, stabilită ca făcând parte din obiectul contractului de achiziție publică, ci un alt operator economic, pe care, însă, la momentul evaluării ofertelor, nu este în măsură să-l identifice și nici să depună vreun acord de subcontractare în acest sens, fapt care conduce la concluzia că, prin oferta depusă, ofertantul contestator nu demonstrează conformitatea propunerii sale tehnice, devenind așadar incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Date fiind cele anterior expuse, Consiliul achiesează la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de respingere a ofertei ca neconformă din cauza expusă, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri.

Stabilind caracterul legal al acestui motiv de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul apreciază de prisos analiza și a celuilalt motiv de neconformitate reținut de autoritatea contractantă din comunicarea rezultatului procedurii, caracterul inadmisibil al ofertei depuse de ..... SA neputând fi înlăturat.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ...../16.04....., formulată de ..... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ..... (PRIMĂRIA .....).

Cererea de plată a cheltuielilor de judecată formulată de ..... SA în cuprinsul acestei contestații, va fi respinsă, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, deoarece nu autoritatea contractantă este cea care a căzut în pretenții, contestația fiind respinsă.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) si art. 68 din același act normativ, coroborate cu dispozițiile art. 61 și

următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

Respinge contestațiile formulate de ……., în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ..... (PRIMĂRIA .....), după cum urmează:

- ca rămasă fără obiect, contestația înregistrată la CNSC cu nr. ...../.....;

- ca nefondată, contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ...../16.04.....

Respinge cererile de plată a cheltuielilor de judecată, formulată de ..... SA în cuprinsul ambelor contestații.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL și o admite.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

Redactată în ….. exemplare, conține ……. pagini