CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator/Președinte Executiv, formulată împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire, emis de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de entitate contractantă în procedura, licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ”.....”, coduri CPV 48820000-2 - Servere (Rev 2), 51611100-9 - Servicii de instalare de hardware (Rev 2), cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de 15.11....., s-a solicitat Consiliului anularea raportului nr. 27191 din 15.06....., anularea tuturor comunicărilor și a tuturor actelor subsecvente și declararea ofertei sale drept admisibile și câștigătoare pe baza criteriului de atribuire din documentația de atribuire.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă rezultatul procedurii de atribuire emis de ....., în calitate de entitate contractantă, în procedura de atribuire arătată, prin care oferta sa a fost declarată inadmisibilă datorită faptului că informațiile cuprinse de Acordul de subcontractare prezentat nu sunt identice cu oferta financiară depusă, respectiv oferta nu a respectat cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției la punctul III 2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau

profesională, apreciind că respingerea ofertei sale, motivată prin raportare la dispozițiile art. 232 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, este una nelegală și nefondată, interpretarea pe care entitatea contractantă a dat-o acestui text de lege fiind una excesivă și contradictorie cu esența noțiunii de subcontractare.

Contestatoarea susține că, în data de 19.04....., prin adresa nr. 17837, entitatea contractantă i-a solicitat acordul de subcontractare împreună cu actul adițional care conținea prețurile detaliate, semnat de ea cu subcontractorul ...., iar în urma răspunsului transmis, comisia de evaluare a constatat că nu îndeplinește cerința fișei de date de la III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională conform căreia: "În cazul în care ofertantul/asocierea apelează la subcontractanți, se solicită completarea DUAE, în conformitate cu Notificarea nr. 240/2016. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE (inclusiv informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să le îndeplinească efectiv) urmează să fie prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor".

De asemenea, contestatoarea arată că membrii comisiei de evaluare au precizat că neîndeplinirea rezultă din faptul că nu a respectat prevederile art. 232 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale care prevede: "Contractele prezentate conform prevederilor alin. (4) trebuie să fie în concordanță cu oferta și se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică", respectiv sumele/prețurile unitare cuprinse în Anexa la acordul de subcontractare sunt mai mici față de cele din Formularul de ofertă prezentat după etapa de licitație electronică, nefiind în concordanță cu oferta și de aici rezultând inadmisibilitatea ofertei.

Subliniază contestatoarea că entitatea contractantă nu a transmis nicio întrebare de clarificare în legătură cu diferențele dintre prețurile trecute în acordul de subcontractare și prețurile incluse în oferta financiară pentru a considera că oferta ..... nu este justificată și ar trebui descalificată conform prevederilor legale și a trecut la solicitarea documentelor justificative pentru operatorul economic situat pe locul 2, deși potrivit legii avea dreptul să lămurească de unde vin diferențele constatate conform art. 221 alin. (1).

În continuare, contestatoarea susține că, în sprijinul deciziei de declarare a inadmisibilității ofertei sale, entitatea contractantă a invocat în procesul-verbal și punctul de vedere comunicat de ANAP, prin intermediul portalului Helpdesk, în data de 09.05....., conform căruia: "Precizăm că în conformitate cu art. 88 alin. (3) prima teză din Directiva 25/2004/UE Statele membre pot dispune ca, la cererea subcontractantului și atunci când natura contractului permite acest lucru, entitatea contractantă să transfere direct subcontractantului respectiv plățile datorate pentru servicii, produse sau lucrări furnizate operatorului economic căruia i-a fost atribuit contractul (contractantul principal).

Totodată, conform art. 156 alin. (2) din HG nr. 394/2016, în vederea determinării valorii creanței, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinită de către aceștia, valoarea la care se ridică partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte. Prin urmare, având în vedere cele de mai sus, precum și prevederile art. 232 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, reiese că în contractul încheiat între contractant și subcontractant se vor menționa partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de subcontractant (activitățile din contract ce revin acestora) și valoarea aferentă ce trebuie să fie în concordanță cu oferta și astfel se va calcula în baza prețurilor ofertate în propunerea financiara a ofertantului. Pe cale de consecință, prețurile din contractul de subcontractare nu pot fi mai mici sau mai mari decât cele ofertate în propunerea financiară și pe baza cărora se aplică criteriul de atribuire în vederea stabilirii ofertei câștigătoare.”

Contestatoarea susține că interpretarea textului art. 232 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care prevede: "Contractele prezentate conform prevederilor alin. (4) trebuie să fie în concordanță cu oferta și se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică” trebuie făcută coroborat cu alin. (4), la care face referire și care prevede că: "Entitatea contractantă are obligația de a solicita, la încheierea contractului de achiziție publică, sau atunci când se introduc noi subcontractanți, prezentarea contractelor încheiate între contractant și subcontractant/subcontractanți nominalizați în ofertă sau declarați ulterior, astfel încât activitățile ce revin acestora, precum și sumele aferente prestațiilor, să fie cuprinse în contractul de achiziție publică".

Mai arată contestatoarea că, prin faptul că art. 232 alin. (5) prevede că aceste contracte prezentate conform prevederilor alin. (4) ”trebuie să fie în concordanță cu oferta și se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică" nu înseamnă că ofertele subcontractanților trebuie să aibă o valoare identică cu cea ofertată de ea. A fi în concordanță nu este același lucru cu a fi identic, la fel, egal.

Contestatoarea susține că legea impune o „concordanță" între aceste contracte/oferte și oferta finală, iar prin documentele depuse, respectiv oferta sa financiară și documentul semnat cu subcontractorul, a dovedit că această concordanță există. Concordanța, prin raportare la valoare, înseamnă că oferta subcontractorilor nu poate fi mai mare față de valoarea ofertată de ea dar poate fi mai mică (nu poate fi nici egală), iar textul de lege invocat solicită să existe o corelare/corespondență între oferta unui operator economic și cele ale subcontractanților, corelare care se explică și prin existența costurilor interne și a ”marginii comerciale" pe care a aplicat-o ofertei subcontractanților.

Contestatoarea precizează că este de esența subcontractării faptul că oferta celui care subcontractează este mai mare decât cea a

subcontractorului respectiv întrucât primul are cheltuieli suplimentare față de subcontractor care conduc la creșterea prețului ofertat clientului final. Aceste cheltuieli suplimentare sunt, de regulă, cheltuieli indirecte, dar nu numai (pot fi și directe), cheltuieli de procesare a documentelor contractuale, cheltuieli privind personalul care realizează management-ul de proiect etc., iar o ofertă care nu ar include toate aceste cheltuieli suplimentare comune oricărei subcontractări, ar fi o ofertă nereală și neconcurențială.

De asemenea, contestatoarea arată că includerea de marjă de profit și de costuri indirecte este oricum auto-limitată în cadrul ofertei, căci altfel ofertantul s-ar vedea în situația de a pierde licitația, ori toate acestea sunt principii și mecanisme economice corespunzătoare unor piețe liber concurențiale și nu s-ar putea interveni asupra lor decât prin prevederi legale care ar reglementa mecanismul de ofertare în forma concluzionată de entitatea contractantă, adică prin prevederi legale expres stipulate în legătură cu modul de structurare a ofertei financiare.

Nu în ultimul rând, contestatoarea susține că, adăugarea unui adaos comercial (al cărui izvor vine din însăși costurile pe care le implică derularea subcontractării) de către ofertant la prețul pe care subcontractorul îl pretinde, nu poate fi considerată o încălcare a prevederilor în materia achizițiilor publice. De altfel, sub imperiul vechii legislații a achizițiilor publice, în care nu era prevăzut acest drept de opțiune al subcontractantului, CNSC a recunoscut dreptul unui ofertant de a propune prețuri diferite pentru contractul de achiziție publică față de prețurile stabilite prin acordurile de subcontractare, considerând că ceea ce ar trebui să fie relevant pentru entitate ar fi strict informațiile care permit identificarea părților din contract care urmează a fi subcontractate și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși și nicidecum prețul ofertat de către subcontractant și negociat cu ofertantul în condițiile economiei de piață. În acest sens, contestatoarea indică Decizia CNSC nr. 4476/2013 și Decizia nr. 1372/2013.

În concret, cu referire la oferta depusă de societatea sa, contestatoarea precizează că prin Acordul de subcontractare nr. SNT02/11.01....., încheiat între ..... SRL și .... SRL, părțile au stabilit colaborarea în vederea pregătirii ofertei și livrării bunurilor și serviciilor ce au fost solicitate în cadrul procedurii de achiziție din speță, iar în cadrul Acordului semnat, părțile au stabilit care sunt rolurile la care se angajează fiecare respectiv, ... SRL - în calitate de contractor principal și .... SRL - în calitate de subcontractor.

Dintre responsabilitățile repartizate fiecărei părți pe perioada depunerii ofertei, contestatoarea amintește:

-.... va suporta cheltuielile și riscurile ce îi revin în legătură cu pregătirea propriei oferte individual și ..... va pregăti propria ofertă individual și oferta cu personalul având pregătirea și calificarea necesară în acest domeniu;

-Subcontractorul va pregăti acele secțiuni din oferta referitoare la serviciile și produsele care trebuie furnizate de Subcontractor;

-..... va asigura managementul Proiectului și va pregăti integral oferta ce se va depune la entitatea contractantă pe baza ofertei financiare și tehnice individuale a Subcontractorului;

-..... va constitui garanția de participare, va asigura personalul necesar cu pregătirea, integrarea și urcarea documentelor de ofertă în SEAP.

De asemenea, contestatoarea amintește responsabilitățile repartizate fiecărei părți pe perioada executării contractului, în eventualitatea declarării ofertei comune ca fiind cea câștigătoare:

-în eventualitatea atribuirii contractului principal către ...., aceasta va depune la entitatea contractantă garanția de bună execuție;

-....va efectua plățile către Subcontractor pentru lucrările subcontractate și livrate de acesta și acceptate de entitatea contractantă (pe baza proceselor-verbale de recepție semnate fără obiecțiuni de entitatea contractantă).

Din dispozițiile acordului de subcontractare semnat între ..... SRL și .... SRL se poate concluziona că ...., în calitate de contractor principal, adaugă efort și costuri suplimentare peste nivelul prețurilor date de subcontractor, atât în etapa de ofertare, cât și în etapa de livrare. Prin urmare, diferența de preț dintre oferta subcontractantului față de oferta finală depusă de ....la entitatea contractantă reprezintă costuri ale proiectului în întregul lui și nu doar marja comercială a contractorului principal.

Potrivit OMFP nr. 1826/2003 pentru aprobarea *Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune*, pct. 2.2. ”Costul stocurilor unui prestator de servicii cuprinde manopera și alte cheltuieli legate de personalul direct angajat în furnizarea serviciilor, inclusiv personalul însărcinat cu supravegherea, precum și regiile corespunzătoare."

Totodată, pct. 2.2 al OMFP nr. 1826/2003 stabilește: „Costul complet cuprinde costul de producție plus cheltuielile generate de administrație și cheltuielile de desfacere, repartizate rațional. Alte cheltuieli se includ în costul bunurilor, lucrărilor, serviciilor numai în măsura în care reprezintă costuri suportate pentru a aduce stocurile în forma și în locul în care se găsesc în prezent".

Astfel, având în vedere dispozițiile legale pe domeniu, contestatoarea susține că diferența în sumă de 344.250,60 lei, stabilită între oferta subcontractorului, pentru pct. 1-10 și 13-14, și oferta Contractorului principal depusă la entitatea contractantă reprezintă alocarea pe fiecare element de calculație a prețului numărului de ore alocat de contractorul principal în scopul proiectului, din care:

-Costuri cu munca vie pentru prestarea activităților aferente obiectului contractului:

- o Specialist tehnic
- o Manager proiect

-Costuri de constituire și prezentare a garanțiilor solicitate prin documentația de atribuire, inclusiv comisioane bancare;

-Intervenții în perioada post-implementare;

-Administrare incidente (înregistrare, urmărire, rezolvare etc.);

-Costuri de supervizare, monitorizare, control și coordonare în raport cu contractul de subcontractare;

-Costuri de logistică și asigurarea mărfii pe perioada transportului;

-Costuri administrative privind facturarea și plățile;

-Costuri de preluare cereri și organizare activități proiect.

Contestatoarea consideră că, a obliga ofertantul ca în contractul de subcontractare să prevadă aceleași prețuri ca în oferta financiară ce urmează să fie depusă contravine, atât principiului libertății contractuale a părților, cât și principiilor economiei de piață, fiind evident că, atât în cadrul procedurii de ofertare, cât și ulterior încheierii contractului de achiziție publică, ofertantul efectuează o serie de activități suplimentare, activități care generează în sarcina sa costuri suplimentare (administrarea relației cu subcontractorul și cu entitatea contractantă, asigurarea plăților, acordarea de garanții, etc.), costuri pe care trebuie să și le recupereze.

De asemenea, contestatoarea mai consideră că entitatea contractantă nu este în niciun fel prejudiciată în cazul în care prețurile din contractul de subcontractare sunt mai mici decât cele din ofertă, atât timp cât oferta a fost declarată câștigătoare, este evident că aceasta corespunde intereselor financiare ale entității contractante și se încadrează în plafoanele alocate de către aceasta.

În drept, contestatoarea invocă Legea nr. 99/2016, HG nr. 394/2016 și Directiva 2014/25/UE.

Prin adresa nr. 30074/29.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 26160/29.06....., entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca, nefondată și neîntemeiată, cu menținerea tuturor actelor emise.

În continuare, entitatea contractantă susține că etapa de evaluare a ofertelor s-a finalizat așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 25733/08.06....., aprobat de către conducătorul entității contractante.

Astfel, entitatea contractantă arată că, în etapa de evaluare a documentelor suport depuse de ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar întocmit după finalizarea evaluării ofertelor, conform celor declarate în DUAE, comisia de evaluare a analizat cu rigurozitate toate documentele depuse de acesta, a verificat existența îndeplinirii a cerințelor din fișa de date a achiziției.

Entitatea contractantă precizează că are obligația respectării dispozițiilor art. 232 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, respectiv trebuie să verifice dacă contractele prezentate de ofertant, încheiate cu subcontractanții nominalizați în oferta sa sunt în concordanță cu oferta, întrucât oferta cuprinde și componenta financiară. De asemenea, conform alin. (4), entitatea contractantă arată că are obligația (nu facultatea) de a verifica dacă în contractele încheiate între contractant și subcontractantul/subcontactanții nominalizați în oferta sa, activitățile ce

revin subcontractanților, precum și sumele aferente prestațiilor sunt cuprinse în contractul de achiziție publică.

Entitatea contractantă menționează că toate aceste informații sunt absolut necesare, atât pentru a se putea urmări cu exactitate modul de îndeplinire a contractului de către operatorii economici implicați în acest proces, respectiv de către prestatorii reali ai serviciilor/furnizării produselor, cât și pentru cunoașterea valorii serviciilor subcontractate/ bunurilor furnizate de subcontractanți, pentru a evita angajarea de fonduri pentru astfel de operațiuni fără a fi cunoscută valoarea reală a acestora.

Entitatea contractantă susține că din motivarea întregii contestații se poate observa recunoașterea de către contestatoare a faptului că valoarea contractului de subcontractare este mai mică decât valoarea din oferta sa financiară finală, în ciuda faptului că legislația în vigoare impune încheierea contractelor de subcontractare în concordanță cu oferta.

Așa cum rezultă și din raportul procedurii de atribuire nr. 27191/15.06....., comisia de evaluare a analizat cu rigurozitate documentele depuse de către ofertant, respectiv Acordul de subcontractare și Anexa la acest acord, încheiate cu operatorul economic ... SRL, în calitate de subcontractant, și a făcut aplicarea corectă a dispozițiilor art. 232 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016.

Totodată, entitatea contractantă susține că, convingerea comisiei de evaluare, în hotărârea adoptată, a fost formată având la bază și răspunsul oferit de ANAP-.., pre care îl prezintă.

Entitatea contractantă arată că în mod absolut tendențios contestatoarea critică răspunsul oferit de ANAP în speță, susținând că "răspunsul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, după cum emitentul specifica, nu are caracter obligatoriu, ci este doar o opinie (...)" și că "rolul de interpretare a actelor normative în vigoare revine emitentului sau instanțelor judecătorești și nicidecum Agenției Naționale pentru Achiziții Publice” și solicită ca, la judecarea cauzei, să nu se țină cont de aceste critici, având în vedere rolul binecunoscut al ANAP în aplicarea și interpretarea legislației în domeniul achizițiilor publice.

Față de conținutul Acordului de subcontractare, entitatea contractantă susține că întreaga motivare a contestației este contrazisă de prevederile *art. 3. Câștigarea contractului*, pe care îl citează:

3. CÂȘTIGAREA CONTRACTULUI PRINCIPAL

3.1 În cazul în care Contractul principal va fi atribuit ...., părțile se obligă să încheie un subcontract ("Sub-contractul"), prin care Subcontractorul va furniza și ....va plăti pentru lucrările subcontractate" identificate în Anexa 1 la acest acord. Pentru a evita orice dubiu, Contractul principal ce se va semna între ....și Autoritatea Contractantă va fi parte integrantă a Subcontractului iar prevederile lui și ale documentației de atribuire se vor aplica ”mutatis mutandis” și Subcontractorului în legătură cu Lucrările subcontractate, sub rezerva modificărilor agreate în mod expres și în scris de către părți.

Documentația de atribuire compusă din fișa de date, caietul de sarcini, modelul de contract publicat de către Autoritatea contractantă, precum și toate clarificările efectuate se constitute în Anexa 2 la prezentul acord.

Părțile se obligă să semneze Sub-contractul în termen de maxim 5 zile lucrătoare de la semnarea Contractului Principal de către ....sau în termenul indicat de Autoritatea Contractantă prin documentația de atribuire, dacă se menționează în documentație un alt termen.

Conform prevederilor acestui articol, contractul principal (n.n. contractul de achiziție sectorială) ce se va semna între ..... SRL și entitatea contractantă va fi parte integrantă a Subcontractului iar prevederile lui și ale documentației de atribuire se vor aplica ”mutatis mutandis” și Subcontractorului în legătură cu lucrările subcontractate.

Entitatea contractantă susține că, însăși contestatoarea a acceptat și a declarat la încheierea actului juridic, că va face aplicarea dispozițiilor art. 232 alin. (5) și contractul încheiat cu subcontractantul va fi în concordanță cu oferta (din contractul principal încheiat cu autoritatea contractantă).

Entitatea contractant precizează că, potrivit dispozițiilor art. 153 alin. (1) din HG nr. 394/2016, contractul sectorial are, printre alte, ca anexă, oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare. În acordul de subcontractare, părțile au stipulat în mod clar că prevederile contractului principal se vor aplica în mod neschimbat și contractului încheiat cu subcontractor și că acest contract principal face parte integrantă din contractul încheiat cu subcontractorul, deci inclusiv propunerea financiară, care este anexă la contractul inițial.

Menționează entitatea contractantă că, în opinia specialiștilor în domeniul achizițiilor, în cazul contractelor de achiziție produse subcontractarea se poate referi numai la anumite servicii adiacente furnizării, de exemplu, la montajul și instalarea produselor achiziționate și nicidecum la produsul ce constituie obiectul contractului. Pentru furnizarea de produse către entitatea contractantă există posibilitatea ca ofertantul să apeleze la furnizori de produse, pe care îi declară în ofertă, dacă entitatea contractantă a solicitat acest lucru prin documentația de atribuire. Aceștia pot fi producători sau chiar furnizori la rândul lor. Cu atât mai mult cu cât legislația în vigoare reține în mod expres noțiunea de "furnizor", noțiune diferită și distinctă de cea de ”subcontractant”. Furnizorul este definit de art. 3 alin. (1) lit. y) din Legea nr. 99/..... – furnizor = "entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, sau care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant".

Mai mult decât atât, entitatea contractantă arată că subcontractantul declarat în ofertă are dreptul de a solicita entității contractante, în anumite situații, ca plata contraprestatiei sale să fie făcută direct de către aceasta, eliminându-se intermediarul, respectiv contractantul principal. Dacă legiuitorul a dat această posibilitate, entitatea contractantă se întreabă, în speță, în situația în care

subcontractantul declarat în ofertă, ... SRL, ar solicita în temeiul prevederilor art. 232 alin. (1) ca entitatea contractantă să efectueze plăți direct către el, corespunzătoare părții din contract îndeplinite de către acesta, în calitate de subcontractant propus în ofertă, pentru produsele furnizate contractantului potrivit contractului dintre contractant subcontractant, ce sume ar trebui să plătească către .... SRL, sumele plătibile către subcontractant fiind mai mici decât cele plătibile către contractantul principal, însemnând că ar realiza o economie.

Aceasta interdicție ”legală” ca plățile pe care le realizează contractantul principal către subcontractant să fie diferite de sumele încasate de la achizitor, are și justificarea suplimentară a descurajării acelor practici întâlnite în special în domeniul execuției de lucrări, care ar dezavantaja clar entitatea contractantă care știe că a contractat lucrări de o anumită calitate la un anumit preț, și în fapt acele lucrări sunt subcontractate la prețuri mult mai mici, în detrimentul calității, contractantul principal realizând practic o îmbogățire fără justă cauză, neexistând în fapt niște costuri proprii care să poată justifica diferența de preț.

Prin adresa nr. 475/04.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 26828/04.07....., SC ..... SRL a transmis Punct de vedere asupra apărărilor entității contractante, prin care reiterează faptul că oferta sa poate fi considerată acceptabilă și conformă și solicită Consiliului să dispună măsurile de remediere necesare.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect ”.....”, coduri CPV 48820000-2 - Servere (Rev. 2), 51611100-9 - Servicii de instalare de hardware (Rev. 2), ... (în calitate de entitate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., precum și a documentației de atribuire aferentă.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire prin care oferta sa a fost declarată inadmisibilă, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Analizând prezenta cauză, Consiliul constată că motivul respingerii ofertei contestatoarei a fost dat de presupunerea entității contractante că oferta depusă de SC ..... SRL ”nu a respectat prevederile art. 232 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 (...) respectiv sumele/prețurile unitare cuprinse în Anexa la acordul de subcontractare sunt mai mici față de cele din Formularul de ofertă prezentat (...), după etapa de licitație electronică, nefiind în concordanță cu oferta, prin urmare oferta fiind inadmisibilă”.

Din conținutul documentației de atribuire, se reține că la *punctul III 2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională"* din fișa de date a achiziției, entitatea contractantă a precizat că: *În cazul în care ofertantul/asocierea apelează la subcontractanți, se solicită completarea DUAE, în conformitate cu Notificarea nr. 240/2016. (...) Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE (..., cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să le îndeplinească efectiv), urmează să fie prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.*

Analizând propunerea financiară a ofertantului în cauză, depusă, după faza de licitație electronică, la cererea entității contractante, Consiliul constată că, în Centralizatorul de prețuri pentru produse anexă la ofertă prezentat în format tabelar, SC ..... SRL a precizat, pentru fiecare echipament ofertat, prețul unitar/cantitatea/prețul total, și totalul general în valoare de 4.581.027,66 lei, precum și un tabel cu prețul unitar/cantitatea/prețul total, al serviciilor ce urmează a fi prestate în valoare totală de 617.313,34 lei, astfel:

1. Instalare și punere în funcțiune echipamente HW și SW;
2. Configurare, testare, acceptanță echipamente HW și SW, instruire și consultanță;
3. Asistență tehnică post consultanță.

De asemenea, urmare a solicitării entității contractante, ofertantul SC ..... SRL a prezentat atât acordul de subcontractare nr. SNT02/11.01....., încheiat cu SC .... SRL, cât și actul adițional nr. 1/24.04....., împreună cu anexa 1 detaliată.

Din cuprinsul acordului de subcontractare, rezultă:

- *art. 2.2 (...) obligații:*

(i) *.... va suporta cheltuielile și riscurile ce îi revin în legătură cu pregătirea propriei oferte individuale și ....va pregăti propria ofertă individuală și oferta cu personal având pregătirea și calificarea necesară în acest domeniu;*

(ii) *Subcontractorul va furniza ....oferta sa tehnică și financiară, documentele de calificare, precum și toate datele și informațiile necesare care trebuie incluse în Ofertă (...);*

(iii) *Subcontractorul va pregăti acele secțiuni din Ofertă referitoare la serviciile și produsele care trebuie furnizate de Subcontractor (numite generic "Lucrările subcontractate"), așa cum este specificat în Oferta tehnică și financiară a Subcontractorului din Anexa 1 la acest Acord; de asemenea Subcontractorul va contribui la integrarea acestor secțiuni din oferta sa individuală în Ofertă, sub îndrumarea managerului de licitație desemnat de ....(...);*

(iv) *....va asigura managementul proiectului și va pregăti/integra Oferta ce se va depune la Autoritatea contractantă pe baza ofertei financiare și tehnice individuale a Subcontractorului:*
(...)

2.3 Oferta Subcontractorului va fi examinată de către Părți, la sediul S7T și va fi agreată de managementul fiecăreia dintre părți înainte de a fi încorporată în Ofertă (...).

În cuprinsul Anexei 1 la Acordul de subcontractare sunt cuprinse "Lucrările subcontractate. Prețuri", prezentate sub formă tabelară, pentru:

1. *Echipamente și licențe software*, având un preț total de 3.118.052,43 lei fără TVA;

2. *Servicii de instalare, configurare, implementare, instruire (soluție CISCO, VMware, APC)*, având un preț total de 437.000,00 lei, fără TVA.

În ce privește Actul adițional nr. 1/24.04..... la acordul de subcontractare, se constată că acesta face referire la: detalierea prețurilor din cuprinsul Anexei 1 la Acord. Pe cale de consecință, Anexa 1 la Acord se înlocuiește cu Anexa 1 detaliată, atașată la prezentul Act adițional. În cuprinsul acestui Act adițional s-au menținut prețurile totale din Anexa 1 la Acordul de subcontractare mai sus evocat.

Analizând aspectele mai sus evocate, Consiliul constată că în speță sunt relevante următoarele prevederi ale Legii nr. 99/2016:

Art. 164 - *Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului şi modul de desfășurare a procedurii de atribuire*.

Art. 232 *alin. (4) - Entitatea contractantă are obligația de a solicita, la încheierea contractului de achiziție publică, sau atunci când se introduc noi subcontractanți, prezentarea contractelor încheiate între contractant şi subcontractant/ subcontractanți nominalizați în ofertă sau declarați ulterior, astfel încât activitățile ce revin acestora, precum şi sumele aferente prestațiilor, să fie cuprinse în contractul de achiziție publică.*

- alin. (5) - Contractele prezentate conform prevederilor alin. (4) trebuie să fie în concordanță cu oferta şi se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică.

Raportat la aceste prevederi legale, entitatea contractantă în mod incorect, a respins oferta SC ..... SRL motivat de faptul că: sumele prețurilor unitare cuprinse în Anexa la acordul de subcontractare sunt mai mici față de cele din Formularul de ofertă prezentat (...), după etapa de licitație electronică, nefiind în concordanță cu oferta. Argumentul astfel invocat de entitatea contractantă cu referire la art. 232 alin. (5) din lege, nu este real, având în vedere că termenul utilizat de legiuitor, în concordanță cu oferta, nu face referire/nu poate fi înțeles ca fiind identic cu oferta.

Mai mult decât atât, entitatea contractantă nu a făcut nicio referire în cuprinsul documentației de atribuire publicate în SEAP, la faptul că prețurile cuprinse în propunerea financiară a unui ofertant trebuie să fie identice cu cele prezentate de un eventual subcontractor/furnizor.

În același sens, este de reținut că potrivit clauzelor contractuale menționate în modelul de contract, entitatea contractantă a stabilit următoarele:

Art. 20 - *Subcontractanți – 20.1 Furnizorul are obligația, în cazul în care subcontractează părți din contract, de a încheia contracte cu subcontractanții desemnați, în aceleași condiții în care a semnat Contractul cu Achizitorul*. (...)

20.3 Lista subcontractanților, cu datele de recunoaștere ale acestora ale acestora, cât și contractele încheiate cu aceștia se constituie în anexe la Contract. Furnizorul va comunica Achizitorului activitățile/părțile din Contract ce revin subcontractanților, precum și sumele aferente prestațiilor acestora.

20.4 Atunci când un subcontractant își exprimă opțiunea de a fi plătit direct, potrivit art. 232 din Legea nr. 99/2016, Achizitorul va achita acestuia partea din contract aferentă prestației sale, astfel cum aceasta rezultă din documentația anexă la Contract, conform art. 20.3, din documentele Contractului (...).

Problema pe care entitatea contractantă a pus-o în discuția ANAP, privind prezumția de aplicare a prevederilor art. 240 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, este eronată atâta timp cât această opțiune nu a fost menționată nicăieri în documentația de ofertare depusă de SC ..... SRL. Nici sintagma ”în aceleași condiții” nu poate fi interpretată ca având prețuri identice, iar prevederea vizând faptul că Achizitorul va achita acestuia (nn: subcontractantului) partea din contract aferentă prestației sale, este explicită, coroborat cu cea privind: Furnizorul va comunica Achizitorului activitățile/părțile din Contract ce revin subcontractanților, precum și sumele aferente prestațiilor acestora.

Apare ca fiind evident faptul că ofertantul în cauză, SC ..... SRL, ce are calitatea de Contractant în cadrul acordului de subcontractare în discuție, a justificat activitățile/serviciile prestate în nume propriu și adăugate la valorile ofertate de subcontractant, cu atât mai mult cu cât, potrivit prevederilor din acesta:

(i) *(...) Subcontractorul va contribui la integrarea acestor secțiuni din oferta sa individuală în Ofertă, sub îndrumarea managerului de licitație desemnat de ....(...);*

(ii) *....va asigura managementul proiectului și va pregăti/integra Oferta ce se va depune la Autoritatea contractantă pe baza ofertei financiare și tehnice individuale a Subcontractorului;*

ceea ce denotă, clar, că ambele părți au convenit la *integrarea acestor secțiuni din oferta sa individuală în Ofertă,* și nu la prezentarea distinctă, din punct de vedere financiar, a prețurilor ofertate individual.

Conform raționamentului entității contractante, ofertantul ar trebui să vândă în pierdere, situație interzisă prin legislația română (practică neconcurențială), întrucât costurile sale cu managementul general al contractului (în legătură cu prestația subcontractorului) nu ar putea fi solicitate. Mai mult, regulile generale privind circulația liberă a serviciilor și capitalurilor ar fi îngrădite, întrucât, în mod aberant s-ar impune

contractantului să nu beneficieze de profit (adaos-ul este permis de lege și se supune regulilor de concurență).

Pentru cele ce preced, Consiliul consideră că entitatea contractantă, în mod eronat, a declarat inadmisibilă oferta SC ..... SRL, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, va admite, în parte, contestația SC ..... SRL, respectiv cererea de anulare a tuturor comunicărilor și a tuturor actelor subsecvente.

Consiliul va dispune anularea raportului procedurii, în partea dedicată ofertei SC ..... SRL precum şi adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din lege, Consiliul va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SRL, cu luarea în considerare a acestuia din punctul de vedere analizat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare, așa cum s-a menționat în motivare.

De asemenea, în baza art. 26 alin. (6) din lege, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, cererea contestatoarei de declarare a ofertei sale drept admisibilă și câștigătoare, având în vedere că Consiliul nu are competență în acest sens.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația SC ..... SRL, respectiv cererea de anulare a tuturor comunicărilor și a tuturor actelor subsecvente

Dispune anularea raportului procedurii, în partea dedicată ofertei SC ..... SRL precum şi adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente.

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SRL, cu luarea în considerare a acestuia din punctul de vedere analizat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare, așa cum s-a menționat în motivare.

Respinge, ca inadmisibilă, cererea de declararea ofertei sale drept admisibile și câștigătoare.

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

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**Maria GHEORGHE**

....