

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C cu nr. 37695/10.06.2025, formulată de către societatea ... SA, cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată prin Director General ..., împotriva rezultatului procedurii de achiziție sectorială desfășurată prin „licitație deschisă” de către autoritatea contractantă ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitatea contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, împărțit pe loturi, având ca obiect: „...”, cod CPV 34620000-9 Material rulant (Rev.2), anunț de participare nr. .../19.03.2024, în ce privește „Lot II - ...” Lot II – ...”, s-au solicitat următoarele: 1) *accesul la dosarul achiziției publice;* 2) *pronunțarea deciziei după ce va fi asigurat accesul la dosarul achiziției publice și acordarea posibilității depunerii de concluzii scrise;* 3) *anularea Comunicării nr. SAFEMR/2/678/30.05.2025 și Raportului procedurii nr. SAFEMR/2/651/ 28.05.2025, Procesele- verbale de evaluare și orice alte acte interne anterioare și/sau subsecvente, incidente, conexe acestora, prin care s-a stabilit ca inacceptabilă oferta ... SA, precum și anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire;* 4) *Anularea avizului conform condiționat al ANAP nr. 3.096/5.353/DGVDP/ .../ 07.05.2025, care constituie faptul generator al ilegalei respingeri a ofertei contestatoarei;* 5) *obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertei contestatoarei cu deplina respectare a normelor legale și a cerințelor documentației de atribuire*

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația înregistrată la C.N.S.C cu nr. 37695/10.06.2025, ce formează obiectul dosarului nr. 2091/2025, prin care societatea ... SA critică rezultatul

procedurii de atribuire antementionată în ce privește respingerea ofertei sale și anularea procedurii de atribuire pentru Lotul II, solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

I. Autoarea contestației justifică interesul în promovarea contestației în cauză prin faptul că este singurul participant la procedură pentru Lotul II, considerându-se vătămată în interesul legitim de a fi declarată câștigătoare a procedurii de achiziție.

Succint, în prezentarea situației de fapt, contestatoarea arată că prezenta procedură de atribuire constituie reluarea unei proceduri anterior derulată de entitatea contractantă, lansată prin publicarea anunțului de participare nr. .../28.10.2024, anulată pentru:

- Lotul I: anulat în temeiul prevederilor art. 225 alin. (1) teza I din Legea nr. 99/ 2016 întrucât "*nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare*";

- Lotul II: anulat în temeiul prevederilor art. 225 alin. (1) teza II din Legea nr. 99/ 2016 întrucât "*nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare admisibilă*."

Ulterior reluării procedurii, a formulat o contestație împotriva documentației de atribuire, care a făcut obiectul dosarului nr. 1.084/C4/ 2025 aflat pe rolul Consiliului.

Receptând contestația, entitatea contractantă a formulat punctul de vedere nr. SAFEMR/1/374/07.04.2025, prin care, în temeiul prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, a dispus anumite măsuri de remediere.

Contestatoarea arată că deși nu a obținut prin aceste măsuri de remediere dispuse deplina satisfacție asupra modului de modificare a documentației de atribuire, în scopul de a nu afecta interesele entității contractante relative la calendarul de atribuire a acordului cadru, compromis prin eventuala suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei, a transmis Consiliului, în temeiul prevederilor art. 9 alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016, o *Cerere de renunțare la judecarea Contestației*, înregistrată la Consiliu sub nr. 22.608/ 08.04.2025, apreciind că, cel puțin în parte, "*măsurile adoptate sunt suficiente pentru remedierea actelor invocate ca fiind nelegale*."

Urmare a acestei soluții, procedura a continuat, iar societatea sa a depus o ofertă, în deplin acord cu prevederile documentației de atribuire și ale legislației incidente, fiind singura ofertantă pentru Lotul II.

La data de 30.05.2025, entitatea contractantă i-a transmis raportul procedurii și comunicarea de rezultat, în care menționează că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/ 2016, coroborate prevederilor art. 143 alin. (1) din același act normativ, iar procedura de atribuire a fost anulată în temeiul prevederilor art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/ 2016.

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. SAFEMR/2/ 678/30.05.2025, i s-a adus la cunoștință faptul că oferta sa „a fost

declarata INACCEPTABILĂ în conformitate cu prevederile art. 143 alin. 2 Ut. b) din H.G. nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: "(2) în condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă ele un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă," și RESPINSĂ în baza prevederilor art. 143 alin. (1) din H.G. 394/2016: "Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile, neconforme și neadecvate".

Motivele reținute de entitatea contractantă în respingerea ofertei sunt următoarele:

«Având în vedere că prin acordul de subcontractare nr. 103/305/17.04.2025, în care ați menționat faptul că subcontractați în proporție de 72%, către operatorul economic SC ... SRL, respectiv ați precizat punerea la dispoziția Ofertantului de către subcontractant a unui număr de 16 <automotoare Diesel DMU, cu caracteristici tehnice conforme cu cerințele specificate în Caietul de sarcini nr. DMR5/6/160/2024, revizia C, și cu cerințele din documentația de atribuire aferentă procedurii ...M 8/20 organizată de către ... „CFR diesel (DMU) pentru trenuri de scurt și mediu parcurs" - Lotul 2", subcontractarea nu poate fi acceptată, având în vedere că obiectul subcontractării reprezintă punerea la dispoziție a utilajelor care fac obiectul acordului cadru de furnizare, aceasta parte a acordului cadru nereprezentând în fapt un serviciu".

În fapt, operatorul economic SC ... SRL are calitatea de furnizor al celor 16 automotoare diesel DMU și nu calitatea de subcontractant, activitatea de furnizare nu poate face obiectul subcontractării.

Din analiza prevederilor art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare, rezultă că, poate fi subcontractant/subantreprenor, operatorul economic care execută anumite părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor, nefiind făcute mențiuni referitoare și la activitatea de furnizare. Aceste dispoziții sunt clarificate în a doua parte a literei zz), în care se arată că "punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul legii"».

Considerând nelegal și neîntemeiat acest rezultat, menționează că a formulat prezenta contestație.

II. Prealabil, solicită anularea Avizului conform condiționat ANAP nr. 3.096/ 5.353/ DGVDPA/ .../07.05.2025, motivul emiterii acestui Aviz conform condiționat rezidă în declararea în cadrul ofertei a societății ... SRL ca fiind subcontractant, cu o cotă de subcontractare de 72%, apreciată de ANAP ca fiind ilegală.

Față de acest act, entitatea contractantă consideră că nu ar fi putut continua procedura cu ignorarea avizului, date fiind potențialele consecințe negative care s-ar putea produce atât în privința entității contractante, cât și în privința ofertantului, în raport de prevederile art. 25 alin. (1) din Ordonanța de urgență nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, potrivit cărora: *„(1) ANAP are obligația de a solicita în instanță, în termen de 3 luni de la data luării la cunoștință a semnării contractului, constatarea nulității absolute a contractului încheiat ca urmare a unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex ante și în cadrul căreia ANAP a emis un aviz conform condiționat, iar autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă constatate de ANAP; ANAP are calitate procesuală activă în litigiile privind constatarea nulității absolute a acestor contracte.”*

Contestatoarea își exprimă dezacordul față de această abordare, având în vedere că entitatea contractantă, prin prisma principiului asumării răspunderii și a dispozițiilor art. 14 alin. (4) din OUG nr. 98/2017, este singura care decide asupra rezultatului procedurii de atribuire, existând posibilitatea de a continua procedura de atribuire, justificând temeinic această decizie.

Totodată, învederează că, potrivit legislației incidente, în favoarea ANAP nu operează o prezumție legală absolută de invariabilă legalitate și temeinicie a deciziilor sale, acestea fiind supuse controlului de legalitate.

Potrivit prevederilor art. 23 din OUG nr. 98/2017 vor prevala deciziile Consiliului față de avizele ANAP, aspect care implică la modul necesar inexistența unei prezumții de legalitate absolută a avizelor conforme ale ANAP: *„Avizul conform al ANAP nu afectează caracterul obligatoriu al deciziilor pronunțate și al măsurilor dispuse de Consiliu/instanța competentă în legătură cu procedurile de atribuire conform prevederilor Legii nr. 101/2016.”*

Așa fiind, respingerea ofertei nu devine implicit și necesar legală doar pentru că își găsește izvorul în emiterea de către ANAP a unui Aviz conform condiționat în cadrul acestei proceduri de atribuire, acest aspect neputând fi văzut ca o probă irefutabilă a legalității conduitei entității contractante.

Având în vedere că în temeiul prevederilor art. 22 din OUG nr. 98/2017: *„Avizele conforme emise de ANAP pot fi atacate numai împreună cu actele administrative ale autorității contractante în legătură cu care au fost emise, în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare”*, contestatoarea solicită anularea Avizului conform condiționat al ANAP nr. 3.096/ 5.353/ DGVDPA/ .../ 07.05.2025.

III. Dezvoltarea motivelor de fapt și de drept.

A) În sensul dezvoltării unei sancțiuni în lipsa unui temei legal, din analiza Comunicării rezultatului procedurii, petenta observă că

rezultă faptul că cerința pretins neîndeplinită de oferta noastră rezidă în: "Partea din Acordul cadru ce urmează a fi subcontractată."

În raport de acest temei factual al respingerii ofertei, entitatea contractantă stabilește temeiul legal al respingerii ofertei în baza:

- art. 143 alin. 2 lit. b) din H.G. nr. 394/2016: *„(2) în condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă”;*

-art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016: *„zz) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție sectorială și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție sectorială nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi”;*

- art. 68 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016: *„ Entitatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare: a) categoriile de servicii/lucrări din contract pe care intenționează să le subcontracteze, precum și procentul sau valoarea aferentă activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți.”*

În opinia contestatoarei, niciunul dintre temeiurile legale invocate de entitatea contractantă nu este statuat de legiuitor cu referire la subcontractare.

Contrar celor iterate, temeiul factual rezidă, astfel cum rezultă din raportul procedurii, coroborat Avizului ANAP, în pretinsa declarare eronată a unui furnizor ca fiind subcontractant și nu în completarea eronată a DUAЕ.

În opinia sa, declararea proporției de subcontractare constituie obligație a ofertanților, atât în temeiul legii, cât și în temeiul prevederilor Capitolului III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din cadrul Fișei de date a achiziției.

În acest context, arată că a declarat proporția de subcontractare, iar textul de lege invocat sancționează lipsa declarării proporției de subcontractare.

Astfel în cauză niciuna dintre ipotezele art. 143 alin. (2) lit. b) nu este incidentă. Astfel, entitatea contractantă nu a invocat:

- nicio furnizare de informații incorecte (DUAЕ și acordul de subcontractare sunt corect completate);
- nicio neîndeplinire a cerințelor de calificare (subcontractantul îndeplinește cernitele);

- nicio imposibilitate de remediere (nu s-au solicitat clarificări și nici nu s-a invocat imposibilitatea completării).

În consecință, contestatoarea susține că temeiul de respingere este aplicat abuziv și formal, nefiind justificat în fapt și/sau în drept.

În ceea ce privește invocarea dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016, acestea definesc noțiunea de subcontractant în materia achizițiilor publice, însă nu stabilesc sancțiunea respingerii ofertei.

Totodată, chiar dacă prin acest text s-ar stabili că furnizarea de utilaje nu face obiectul subcontractării, textul legal în discuție nu stabilește o interdicție, ci o exonerare.

Astfel, furnizorul de utilaje nu va trebui declarat ca subcontractant, ceea ce constituie în mod vădit o exonerare de la îndeplinirea obligațiilor aferente subcontractantului, mult mai vaste și mult mai restrictive.

În al doilea rând, trebuie observat că legiuitorul a intenționat a exonera furnizorul de utilaje de la obligațiile, formalitățile și condițiile subcontractării, pentru a nu îngreuna inutil și excesiv situația antreprenorilor din contractele de lucrări/ servicii, în cadrul cărora punerea la dispoziție de utilaje constituie un aspect secundar al contractului

Referitor la invocarea dispozițiilor prevederile art. 68 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 acestea stabilesc în sarcina ofertanților obligația de a declara proporția de subcontractare, însă nu prevăd sancțiunea respingerii ofertei, susținând că a declarat proporția de subcontractare, iar textul de lege invocată sancționează lipsa declarării proporției de subcontractare, fără a limita în vreun fel această proporție.

Prin urmare, situația de fapt constatată de entitatea contractantă, anume pretinsa declarare eronată a unui furnizor ca fiind declarant subcontractant, nu-si găsește corespondent în vreo prevedere legală care să dispună sancțiunea respingerii ofertei.

Admisibilitatea ofertei constituie regula, premisa de la care legiuitorul dispune prin legislația specială a achizițiilor sectoriale/publice, iar respingerea ofertei ca inadmisibilă constituie excepția. Așa fiind, respingerea ofertei implică la modul imperativ identificarea unui temei legal concret și expres al respingerii, perfect consonant temeiului de fapt care ar reclama respingerea ofertei.

Or, cazurile exprese de respingere a ofertei sunt menționate de legiuitor la: prevederile art. 228 alin. (4) - (51) din Legea nr. 99/ 2016; prevederile art. 143 alin. (2) și (3) din HG nr. 394/ 2016.

Din analiza conținutului normativ al textelor de lege mai sus iterate, care calibrează limitele, condițiile și aria de aplicabilitate a excepției respingerii unei oferte, rezultă cu deplină claritate că, potrivit voinței exprese a legiuitorului, declararea eronată a unui doar intermediar în sensul în care produsele respective ar fi livrate, în integralitate, de subcontractant.

Ca jurisprudență, autoarea citează dintr-o decizie foarte recentă a Consiliului, pronunțată în dosarul nr. 1.207/ C10/ 2025, decizia nr. 1.225/ C10/1.207/07.05.2025: *„Legislația achizițiilor publice nu reglementează ca motiv de respingere a unei oferte faptul că un operator economic este desemnat ca subcontractant deși, de fapt acesta ar fi un furnizor; prin urmare, în aprecierea Consiliului, o astfel de situație nu poate constitui motiv de respingere ca inacceptabilă a ofertei contestatorului, deoarece legea nu exclude ca furnizarea de produse și servicii să fie subcontractate. Cooptarea ca subcontractant și nu ca furnizor a unui operator economic nu reflectă practic nicio neconformitate a ofertei. (...) Numirea unui furnizor de produse ca subcontractant în cadrul unei proceduri de achiziție publică reprezintă un drept al contractantului și nu poate fi restricționat sau contestat în absența dispozițiilor legale care să justifice o astfel de acțiune.”*

În acest context, evidențiază vădita rea credință cu care acționează ANAP, care continuă a emite Avize conforme condiționate, având ca obiect calitatea de subcontractant versus furnizor, ulterior cenzurării acestora de către instanța administrativ-jurisdicțională, a cărei prevalență în materie de constatare a legalității actelor aferente procedurilor concursurilor de achiziție publică este expres statuată de legiuitor prin prevederile art. 23 din OUG nr. 98/ 2017, mai sus iterate.

Acest formalism excesiv cu care acționează ANAP, stabilind distincții și interdicții acolo unde legiuitorului nu o face, conduce inevitabil și păgubos la împiedicarea sau întârzierea accesului autorităților contractante la bunurile și serviciile imperativ necesare unei desfășurări optime a activității.

Concluzionând:

- Entitatea contractantă stabilește o anumită situație de fapt a ofertei: un operator economic care, potrivit opiniei ANAP, ar avea calitatea de furnizor, este declarat de ofertant ca fiind subcontractant;
- Entitatea contractantă procedează la respingerea ofertei ca inacceptabilă prin invocarea unor temeiuri legale care nu fac referire expresă la situația de fapt constată de Comisia de evaluare și care nu pot constitui, fără nepermisă interpretare extensivă, marcată de o veritabilă adăugare la lege, temeiul legal al dispunerii unei sancțiuni;
- Din legislația specială a achizițiilor sectoriale lipsește sancțiunea corelativă situației de fapt constatate de Comisia de evaluare, cu referire la pretinsa declarare eronată a unui furnizor ca fiind subcontractant;
- Consecință a celor de mai sus, împotriva ofertantului este dispusă, în temeiul Avizului ANAP, o sancțiune neprevăzută de lege.

B) Cu privire la legalitatea de fond a declarării subcontractantului, autoarea arată că potrivit legislației incidente, atât calitatea de furnizor, cât și calitatea de subcontractant în materia achizițiilor publice nu constituie altceva decât instrumente juridice prin care un terț față de

părțile contractului de achiziție publică (contractantul și autoritatea contractantă) dobândește o calitate în procedură, astfel încât fondurile publice care asigură finanțarea contractului să nu fie transferate către terți care nu au nicio calitate în cadrul contractului și a căror identitate autoritatea contractantă nu o cunoaște.

Legiuitorul nu poate interveni și obliga potențialul operator economic interesat să aibă o anumită relație contractuală cu partenerul său, acesta având libertatea fie să se asocieze, fie să subcontracteze, atât timp cât, bineînțeles, necesitatea autorității contractante este acoperită și se oferă garanțiile legale cu privire la executarea în condiții optime a contractului.

În acest sens, contestatoarea face trimitere la prevederile art. 66 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 conform cărora dreptul de a alege modalitatea de colaborare (ofertant, candidat, terț susținător sau subcontractant) aparține operatorilor economici care doresc să colaboreze în acest scop, or, interpretarea entității contractante tocmai acest drept statuat de legiuitor îl cenzurează în sensul de a condiționa relația acestor operatori într-o anumită formă.

În opinia sa, prevederile art. 67 alin. (1) din același act normativ stabilesc expres interdicția entităților contractante de a impune autorităților contractante o anumită formă juridică atunci când participă în comun la o procedură de atribuire.

Or, în speța de față, entitatea contractantă, eludând normele legale anterior evocate, a respins oferta tocmai pe acest considerent - invocând faptul că subcontractarea nu poate fi o formă corespunzătoare de colaborare în raport de obiectul contractului.

CFR Călători nu are căderea să se pronunțe asupra modului în care ofertantul participant la procedură alege să colaboreze cu partenerii săi (asociere, subcontractare, furnizare) atât tip cât acordul între aceștia este clar, legal încheiat și de natură să acopere necesitatea, opinează petenta.

De altfel, nici nu a fost făcută în cadrul Raportului procedurii o motivare în fapt în care să fie detaliate argumente care ar justifica, în raport de legislația incidentă, în ce măsură este periclitată executarea contractului prin validarea ofertei în forma depusă.

În fapt, legislația incidentă nu impune niciun fel de condiții și niciun fel de formalități pentru dobândirea calității de furnizor.

În raport de cele mai sus expuse rezultă că dobândirea calității de subcontractant este supusă unor condiții și formalități restrictive, menite a furniza autorităților contractante garanții solide privind situația juridică și financiară, credibilitatea și seriozitatea acestuia în raporturile sale juridice anterioare.

În chestiunea raportului dintre calitatea de subcontractant și calitatea de furnizor în cadrul unei proceduri de achiziție publică trebuie avut în vedere principiul de drept de generală și imperativă aplicare

potrivit căruia *qui potest plus, potest minus*, în sensul că dacă un operator economic probează că poate deține calitatea de subcontractant, cu sporită măsură ar putea deține și calitatea de furnizor.

În fapt, autoarea consideră că în această chestiune raportul de sens invers este ilegal, în sensul că, dacă din circumstanțele implicării operatorului economic în cadrul contractului de achiziție publică ar rezulta că acesta are calitatea de subcontractant și ar trebui astfel declarat, ofertantul nu îl va putea declara doar ca furnizor întrucât în această manieră de ofertare ar eluda furnizarea garanțiilor prevăzute de lege a fi aduse autorității contractante în cazul subcontractării.

Însă, dacă din circumstanțele implicării operatorului economic în cadrul contractului de achiziție publică ar rezulta că acesta ar putea avea calitatea de furnizor, dar ofertantul a ales să îl declare ca subcontractant, nu se poate pune în discuție o încălcare a legii, atât timp cât, prin această manieră de ofertare, autorității contractante îi sunt furnizate, în fapt, în mod voluntar, garanții suplimentare la care legea nu l-ar fi obligat pe ofertant.

Respingerea ofertelor ca inadmisibile este mecanismul legal al protejării autorităților contractante pentru ipoteza în care ofertanții propun acestora prin oferte mai puțin decât a cerut autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și NU un mecanism prin care, întemeindu-se pe un formalism excesiv și păgubos, fără corespondent în norme legale incidente, oferta ar urma a fi respinsă pentru că ofertantul a ofertat MAI MULT, cu referire la garanții suplimentare, neprevăzute de lege și furnizate VOLUNTAR de ofertant.

Entitatea contractantă, limitându-se la interpretarea deficitară a prevederilor art. 3 lit. zz) teza a II-a din Legea nr. 99/2016, susține că punerea la dispoziție a automotoarelor nu este subcontractare, si, ca atare, alege să nu accepte acordul dintre ... SA și ... S.R.L.

Or, acordul respectiv este un act juridic încheiat în mod valabil care produce efectele juridice pentru care a fost emis iar, în lipsa unui viciu care să îi infirme legalitatea sau eficacitatea. Entitatea contractantă nu are posibilitatea de a nu-l accepta, consideră autoarea.

Entitatea contractantă nu poate justifica în mod rezonabil, așadar, în ce măsură este afectată de faptul că cele 16 automotoare de care ar beneficia în cele 36 de luni în cazul declarării ofertei noastre ca fiind câștigătoare îi sunt puse la dispoziție de ofertant care, la rândul lui, le obține în temeiul Acordului de subcontractare, în condițiile în care clauzele acestui acord nu restricționează în niciun fel utilizarea produselor respective de către CFR Călători.

c) Ofertarea în deplin acord cu documentația de atribuire. Ilegalitatea respingerii ofertei care se conformează în tot documentației.

Autoarea reamintește că forma actuală a documentației de atribuire este urmarea unei serii de Solicități de clarificare adresate de ofertanți și a unor Răspunsuri ale entității contractante din cadrul procedurii

precedente, preluate în documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri.

Astfel, în cadrul procedurii anterioare petenta a formulat Solicitarea de clarificare/modificare a documentației de atribuire nr. 103/1.040/20.11.2024 (Anexa 4), în cadrul căreia a solicitat:

"3.1. Capitolul Documentele Acordului cadru, art. 1.2.1 pct. VIII).

Prin acest articol Entitatea Contractantă stabilește că va constitui Anexa 8 la Acordul cadru „dovada deținerii în proprietate a automotoarelor diesel (DMU)."

(...)

în al doilea rând, apreciem că se impune modificarea articolului după cum urmează:

„dovada deținerii în proprietate a automotoarelor diesel (DMU) sau a posesiei și a dreptului exclusiv și liber transmisibil de folosință."

Facem această solicitare întrucât ofertantul poate dispune de posesia liber transmisibilă/ drept de folosință asupra acestor automotoare diesel, având deci capacitatea juridică de a transmite Entității Contractante posesia asupra acestora, în temeiul unor acorduri de subcontractare (caz în care proprietar nu este ofertantul, ci subcontractantul), a unor contracte de locațiune conținând clauze care să permită Locatarului să exploateze el însuși obiectul derivat al închirierii sau să transmită în mod liber, prin propria decizie suverană, dreptul de posesie către terți (caz în care proprietar este Locatorul, care nu are nicio calitate în cadrul procedurii de atribuire) sau în temeiul unor contracte de leasing (caz în care ofertantul nu are calitatea de proprietar, ci de utilizator).

De altfel, art. 22.2 din Contractul subsecvent tratează neconformități ale „automotoarelor predate de Subcontractant", aspect care implică, logic constrângător, că Entitatea Contractantă admite că automotoarele pot să nu fie proprietatea Promitentului Contractant."

Prin Răspunsul consolidat nr. S Ach. 4/ 44/ 16.01.2025 (Anexa 5), entitatea contractantă arată prin Răspunsul nr. 31: "Se acceptă formularea."

Urmare a acestui schimb de adrese, în cadrul prezentei proceduri art. 1.2.1 pct. VIII) din Acordul cadru are următoarea formulare:

„dovada deținerii în proprietate a automotoarelor diesel (DMU) sau a posesiei și a dreptului exclusiv și liber transmisibil de folosință."

Prin urmare, entitatea contractantă permite în mod expres ca unele dintre automotoarele DMU din ofertă să fie proprietatea unui subcontractant și să fie furnizate acesteia de către un operator economic care are în procedură calitatea de subcontractant.

Așadar, însăși entitatea contractantă a anticipat posibilitatea ca ofertantul să nu fie neapărat proprietarul automotoarelor ce se doreau a fi închiriate (acceptând așadar și calitatea de subcontractant al ofertantului) prin aceea că a inclus în modelul acordului-cadru publicat în

cadrul documentației de atribuire obligația ca ofertantul cu care urma să fie încheiat acordul să facă dovada proprietății sau a posesiei și a dreptului exclusiv și liber transmisibil de folosință (art. 22.2. din cadrul Modelului de Contract subsecvent).

Totodată, art. 22.2 din cadrul Modelului de Contract subsecvent, prevede: *"În cazul în care se constată neconformități privind automotoarele predate de Subcontractant acestea vor fi tratate în contul Contractantului. Responsabilitatea privind respectarea cerințelor din documentația de atribuire revine Contractantului."*

Urmare a acestor clarificări din cadrul procedurii anterioare, formularea art. 4.1 din Modelul de Contract subsecvent din cadrul prezentei proceduri este următoarea: *"4.1 Prezentul contract are ca obiect închirierea a ... automotoare diesel DMU pentru trenuri de scurt și mediu parcurs."*

Așadar, în cadrul prezentei proceduri entitatea contractantă a implementat solicitările din anterioara procedură și a eliminat din acest articol sintagma „aflate în proprietatea Contractantului”, aspect care, în corelare cu aspectele mai sus iterate, valorează acceptarea expresă a faptului că automotoarele pot fi proprietatea și pot fi livrate de subcontractanți.

Or, în lipsa calității de proprietar, posesia poate fi dovedită prin orice tip de acte juridice care garantează acest drept, inclusiv deci și prin Acordul de subcontractare.

CFR Călători nu poate susține că Acordul contractual nu acoperă cerința posesiei și a dreptului exclusiv și liber transmisibil de folosință atât timp cât aceste lucruri sunt consemnate lipsit de echivoc în actul juridic menționat, acest aspect fiind singurul care, în mod real, ar trebui să intereseze Entitatea contractantă deoarece prin el are garanția că va intra în posesia automotoarelor pe care dorește să le închirieze.

Totodată, o astfel de abordare a CFR, prin care a acceptat în mod expres și calitatea de subcontractant în ceea ce privește partea de contract care vizează punerea la dispoziție a automotoarelor este în corelare cu obiectul contractului, care nu este un simplu contract de furnizare.

Faptul că, potrivit rigorilor legislației achizițiilor publice, contractul ce urmează a fi atribuit este denumit generic - contract sectorial de produse , sau de furnizare, în considerarea faptului că obiectul principal al acestuia îl reprezintă închirierea automotoarelor, această catalogare generică nu poate fi de natură a modifica esența contractului atât timp cât distincția între achiziția efectivă a unor produse - în urma căreia achizitorul dobândește dreptul de proprietate exclusiv al produselor, și închirierea unor produse - unde achizitorul dobândește doar dreptul de folosință, este mai mult decât evidentă.

O chestiune relevantă în evidențierea caracterului determinant al activităților ce se impun a fi asigurate de ofertant, distinct de punerea la

dispoziție automotoarelor, o reprezintă obligația ca, pe perioada de imobilizare a automotorului pentru anumite intervenții (intervenții asigurate doar de către ofertantul ..., nu de Subcontractant), ofertantul (nu subcontractantul) este obligat să pună la dispoziție automotoare diesel DMU care să asigure condiții similare de performanță și confort fără costuri suplimentare din partea entității contractante.

Chiar și dintr-o lectură superficială a Acordului de subcontractare, Entitatea contractantă putea observa cu ușurință că Subcontractantul se obligă doar să pună la dispoziția Ofertantului și, implicit, a Entității contractante, cele 16 automotoare diesel DMU.

Or, această punere la dispoziție nu este de natură să acopere în integralitate necesitatea autorității contractante conform cerințelor Caietului de sarcini referitoare la, printre altele, instructaj, mentenanță și service (inclusiv punerea la dispoziție a unor alte automotoare distincte în caz de indisponibilizare pentru intervenție) sau asigurarea automotoarelor.

Chiar dacă Entitatea contractantă a consemnat în mod judicios în Raportul procedurii contestat faptul că proporția subcontractării reprezintă 72% din valoarea maximă a acordului cadru, necesarul de 28% asigurat exclusiv de Ofertant prin care se îmbracă, în integralitate, necesitatea autorității contractante expusă prin Caietul de sarcini, este complet neglijată în decizia de respingere luată.

Astfel, ignorând propria necesitate și îmbrățișând Avizul ANAP viciat din acest punct de vedere, Entitatea contractantă își recalifică achiziția derulată într-una ce ar putea fi echivalentă unui contract de vânzare în urma căreia ar dobândi dreptul de proprietate asupra automotoarelor și conchide eronat în sensul că, atât timp cât livrarea propriu-zisă a automotoarelor ar fi făcută în fapt de Subcontractant, în mod clar că Ofertantul ar fi unul formal și, ca atare, s-ar eluda prevederile legislației achiziției publice.

Raționamentul entității contractante (preluat de la ANAP) ar fi unul judicios doar în situația în care, într-adevăr, necesitatea CFR Călători ar fi fost DOAR aceea de a deveni proprietară, în urma cumpărării efective, a celor 16 automotoare diesel DMU iar procedura de achiziție ar fi fost inițiată cu acest scop.

Ca atare, în raport de cumulul cerințelor Caietului de sarcini, achiziția derulată de Entitatea contractantă nu poate fi limitată doar la punerea la dispoziție a celor 16 automotoare, ci la scopul final urmărit prin inițierea ei - respectiv încheierea unui contract prin intermediul căruia să utilizeze automotoarele fără însă, printre altele, a avea grija mentenanței sau reparației lor, respectiv de a încheia polițe de asigurare pentru ele.

Față de acest deziderat al entității contractante, abordarea simplistă a ANAP preluată de entitatea contractantă nu poate fi acceptată ca fiind una rezonabilă în considerarea faptului că denaturează însuși

scopul achiziției, reducându-l la o simplă vânzare în care vânzătorul real e altul decât ofertantul.

Contestatoarea menționează că interpretarea prevederilor legale amintite trebuie făcută în raport de obiectul în concret al contractului ce se dorește a fi atribuit și nu în raport de ponderea procentuală din valoarea contractului a valorii produselor.

O interpretare contrară ar conduce la situații absurde în condițiile în care, într-o situație ipotetică similară, spre exemplu, valoarea serviciilor ar fi net superioară valorii produselor, ofertantul nu ar avea posibilitatea să subcontracteze un operator economic care să livreze respectivele produse pe considerentul că punerea la dispoziție a produselor nu reprezintă o subcontractare.

O astfel de interpretare ar restricționa în mod nejustificat posibilitatea accesului la procedură al operatorilor economici prin aceea că singurii care ar putea participa ar fi doar cei care au în mod efectiv produsele sau care, eventual, ar participa în calitate de asociați în loc de ofertant/subcontractant.

În aceste condiții, aplicarea în evaluarea ofertelor a Avizului conform condiționat al ANAP valorează obligarea entității contractante la evaluarea ofertelor funcție de alte condiții și alte criterii decât cele expres precizate prin documentația de atribuire, conchide petenta.

O astfel de conduită impusă de ANAP este prohibită prin lege și practica judiciară constantă a Consiliului, a instanțelor de control-judiciar și a instanței comunitare, fiind evocată ca jurisprudență: Decizia CNSC nr. 213/C9/ 3.226 din data de 30.01.2023, Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2013:2345, punctele 43 și 43 și Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39, Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54, Hotărârea din 16 aprilie 2015 a CJUE, cauza C-278/14, procedura Enterprise Focused Solutions SRL, Hotărârea pronunțată în cauza SAG ELV Slovensko, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25.

d) În ce privește anularea procedurii de atribuire, contestatoarea arată că în condițiile în care s-ar admite prezenta contestație, entitatea contractantă a receptat o ofertă perfect admisibilă, împrejurare în raport de care condițiile prevăzute de lege pentru anularea procedurii nu subzistă.

Pentru toate motivele expuse, solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată. Ca probe, înscrisuri.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea 101/2016, solicită accesul la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 38472/2091/C6/11.06.2025, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să comunice dovada constituirii cauțiunii în quantum, de

963.600,00 lei, în conformitate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1/745/12.06.2025, autoritatea contractantă înaintează dosarul achiziției și punct de vedere, înregistrate la C.N.S.C. cu nr. 38838/ 12.06.2025, învederând următoarele.

1. Referitor la lit. A) din contestație, ... SA învederează faptul ca nu exista temei legal pentru respingerea ofertei *„care rezida în subcontractarea unei părți a acordului cadru”*.

Entitatea contractantă arată că, după finalizarea fazei de evaluare a garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare, comisia de evaluare a întocmit procesul-verbal de evaluare nr. SAFEMR/2/502/ 30.04.2025, care a fost transmis, prin intermediul SEAP, persoanelor împuternicite de ANAP pentru controlul procesului de evaluare a ofertelor.

Pentru controlul de calitate și regularitate al concluziilor fazei de evaluare referitoare la componența și la concluziile comisiei de evaluare privind îndeplinirea de către ofertanți a condițiilor de formă aferente depunerii ofertelor și a criteriilor de calificare (DUAE), ANAP a emis Avizul Conform Condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/.../07.05.2025, în care menționează la pct. I.1. Abateri de la legislația în domeniul achizițiilor publice – aspecte de calitate, *”Conform procesului verbal nr. SAFEMR/2/502 din 30.04.2025, precum și a documentelor menționate în acesta, rezultă că ofertantul SC ... SA subcontractează activitatea în proporție de 72%, către operatorul economic ... S.R.L. Faptul că în acordul de subcontractare este menționat că se subcontractează (...) număr de 16 automotoare diesel DMU”*, nu poate fi acceptat, acesta nereprezentând în fapt un serviciu, ci o punere la dispoziție a utilajelor care fac obiectul acordului cadru.

Având în vedere cele prezentate mai sus, decizia comisiei de evaluare de admitere a ofertantului nu este fundamentată în conformitate cu prevederile art.137 alin. (4) din HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare, respectiv : *„Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale.”*

În legătură cu cele constatate, comisia de evaluare trebuie să aibă în vedere următoarele prevederi legale stipulate în materia achizițiilor publice:

- Art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare;

- Ordinul ANAP nr.1554/ 2023;

- Art. 137 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016 *”Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele*

definite prin documentele achiziției și prevederile legale.”, iar conform pct. III - Măsuri dispuse, ANAP dispune ”exercitarea de către comisia de evaluare a atribuțiilor prevăzute la art. 133 alin. (1) lit. b) și k) și ale art. 137 alin. (4) din HG 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, raportat la prevederile art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare și având în vedere cele constatate în prezentul aviz”.

Ca urmare a analizării înscrisurilor din Avizul Conform Condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/.../07.05.2025 emis de către ANAP, ... SA a avut obiecții cu privire la constatările și/sau măsurile de remediere dispuse, identificate de către ANAP ca urmare a activității de control ex ante și a decis demararea procedurii de conciliere în conformitate cu prevederile art.16 din OUG nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

Drept pentru care în data de 09.05.2025 ... SA a înaintat cererea de conciliere nr. SAFEMR/2/550/09.05.2025, înregistrată la ANAP sub nr. 3540/09.05.2025, referitoare la avizul conform condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/.../07.05.2025 emis de ANAP ca rezultat al activității controlului ex-ante asupra Procesului verbal nr. SAFEMR/2/502/30.04.2025 privind procedura de achiziție publică având ca obiect ”...”.

În data 20.05.2025, ANAP prin adresa nr. 3540/20.05.2025 a adus la cunoștința faptul ca, în ședința Comitetului Decizional din data de 19.05.2025, cererea de conciliere ... SA a fost respinsă, urmând a se menține Avizului Conform Condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/.../07.05.2025.

Pe cale de consecință, comisia de evaluare s-a întrunit în data de 22.05.2025 ora 14:00 pentru punerea în aplicare a Avizului Conform Condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/.../07.05.2025 emis de ANAP, respectiv, reevaluarea îndeplinirii condițiilor de forma aferente depunerii ofertelor și a criteriilor de calificare conform informațiilor din DUAЕ, precum și a garanției de participare constituita pentru lotul II de ... SA cu subcontractantul ... SRL, conform procesului verbal nr. SAFEMR/2/619/22.05.2025.

În data de 27.05.2025 ANAP a emis Avizul conform necondiționat nr. 3096/6515/DGVDPA/.../27.05.2025 cu privire la procesul verbal de reevaluare.

Procesul de verificare s-a realizat pe baza informațiilor prezentate de ... SA cu subcontractant ... SRL pentru lotul II, în DUAЕ și în documentele ce îl însoțesc.

În urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, precum și ca urmare a punerii în aplicare a măsurilor

dispuse în cadrul Avizului Conform Condiționat nr. 3096/5353/DGVDP/ .../07.05.2025 emis de ANAP, comisia de evaluare a stabilit ca oferta ... SA cu subcontractant ... SRL, a fost declarată inacceptabilă.

Oferta depusă de ... SA cu subcontractant ... SRL a fost declarată INACCEPTABILĂ în baza prevederilor art. 143 alin. 2 lit. b) din H.G. nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: "(2) *În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă;*" și RESPINSĂ în baza prevederilor art. 143 alin. (1) din H.G. 394/2016: "Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile, neconforme și neadecvate".

Motivale care au stat la baza luării deciziei de respingere prin punerea în aplicare a avizului conform condiționat nr. 3096/5353/DGVDP/ .../07.05.2025 emis de ANAP:

„Prezenta procedură de atribuire are ca obiect încheierea unui acord - cadru de furnizare având ca obiect „....

Având în vedere că prin acordul de subcontractare nr. 103/305/17.04.2025, în care se menționează faptul că ofertantul S.C. ... S.A. subcontractează în proporție de 72%, către operatorul economic SC ... SRL, „..... punerea la dispoziția Ofertantului de către Subcontractant a unui număr de 16 automotoare diesel DMU, cu caracteristici tehnice conforme cu cerințele specificate în Caietul de sarcini nr DMR5/6/160/2024, revizia C, și cu cerințele din documentația de atribuire aferentă procedurii ...MR 8/2025 organizată de către ... „CFR Călători” S.A. în vederea încheierii Acordului cadru privind „...” - Lotul 2”, subcontractarea nu poate fi acceptată, având în vedere ca obiectul subcontractării reprezintă punerea la dispoziție a utilajelor care fac obiectul acordului cadru de furnizare, aceasta parte a acordului cadru nereprezentând în fapt un serviciu.

În fapt, operatorul economic SC ... SRL are calitatea de furnizor al celor 16 automotoare diesel DMU și nu calitatea de subcontractant, activitatea de furnizare nu poate face obiectul subcontractării.

Din analiza prevederilor art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare, rezultă că, poate fi subcontractant/subantreprenor, operatorul economic care execută anumite părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor, nefiind făcute mențiuni referitoare și la activitatea de furnizare. Aceste dispoziții sunt clarificate în a doua parte a literei zz), în care se arată că "punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi".

Mai precizează entitatea contractantă că decizia comisiei de evaluare de respingere a ofertei a avut la bază următoarele dispoziții legale aplicabile:

- art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare;

- art. 68 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare;

- Ordinul ANAP nr.1554/ 2023, Secțiunea I - Instrucțiuni către candidați/ofertanți.

- art. 143 alin. 2 lit. b) din H.G. nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare: *"(2) În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă;"*

Astfel, în speța supusa analizei, subcontractarea nu poate fi acceptată, având în vedere că obiectul subcontractării îl reprezintă punerea la dispoziție a automotoarelor care fac obiectul acordului cadru de furnizare și a contractelor subsecvente.

În fapt, fata de prevederile art. 3 lit. zz), operatorul economic ... SRL are calitatea de furnizor al celor 16 automotoare diesel DMU, iar nu calitatea de subcontractant, activitatea de furnizare neputând face obiectul subcontractării.

2. Referitor la lit. B) și C) din contestație, ... SA învederează Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor (CNSC) *„legalitatea de fond a declarării subcontractantului” și „ilegalitatea respingerii ofertei care se conformează în tot documentației”*

2.a. Sub aspectul *„legalității de fond a declarării subcontractantului”*

Invocarea la pct. 56 din contestație de către ... SA a aplicării art. 67 alin. (1) din Legea nr.99/2016 nu este întemeiată. Astfel, prin motivarea adusa de entitatea contractanta pentru declararea ofertei ca inacceptabila, nu i s-a impus acestuia o anumita forma juridica pentru depunerea ofertei, ci a fost calificata oferta sa prin raportare la definiția prevăzută de art. 3 alin. (1) lit. zz) pentru subcontractare și prin raportare la pct. VII din Secțiunea III din Ordinul ANAP nr. 1554/2023.

În ceea ce privește restul susținerilor contestatorului, entitatea contractantă apreciază ca sunt neîntemeiate, întrucât acesta nu tine seama de prevederile art. 3 lit. zz) din Legea achizițiilor sectoriale nr.99/2016, cu modificările ulterioare din care rezultă definiția subcontractantului.

Astfel, în speța supusa analizei, subcontractarea nu poate fi acceptată, având în vedere ca obiectul subcontractării îl reprezintă

punerea la dispoziție a automotoarelor care fac obiectul acordului cadru de furnizare și a contractelor subsecvente.

Pe cale de consecință, ținând seama ca obiectul acordului cadru și contractului subsecvent îl reprezintă închirierea automotoarelor, natura juridica a acordului cadru și contractului subsecvent, care sunt de furnizare de produse, precum și interdicția stabilită de pct. VII din Ordinul nr. 1554/2023, organizatoarea apreciază ca subcontractarea nu respectă prevederile art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr.99/2016.

De asemenea, în contestație, ... SA face mențiuni despre acordul de subcontractare, și precizează care sunt condițiile pe care trebuie să le îndeplinească un subcontractant, concluzionând, printre altele, faptul că *„niciuna dintre aceste condiții și formalități nu sunt aplicabile furnizorului și făcând aplicarea principiului qui potest plus, potest minus, opinează ca dacă un operator economic probează ca poate deține calitatea de subcontractant, cu sporita măsura ar putea deține calitatea de furnizor.”*

Entitatea contractantă precizează ca susținerile contestatorului nu își găsesc temeiul legal, întrucât dacă legiuitorul ar fi vrut să opereze principiul de drept invocat mai sus nu ar mai fi făcut distincții clare între noțiunea de “furnizor”, identificată la art. 3 alin. (1) lit. y și cea de subcontractant, conform art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016. Făcând distincția între cele două noțiuni este clar că acestea trebuie interpretate în sensul de a produce efecte juridice în mod separat.

2.b. Sub aspectul *„ilegalitatea respingerii ofertei care se conformează în tot documentației”*, organizatoarea apreciază că susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate.

Astfel, mențiunea contestatoarei ca ... SA *„a îmbrățișat”* avizul ANAP în *sensul recalificării achiziției ca pe un contract de vânzare*, nu își găsește susținere.

Achizitoarea relevă că a avut în vedere definiția subcontractantului, precum și faptul că acordul cadru și contractele subsecvente ce urmează a se încheia de către părți îl reprezintă acord cadru și contracte de furnizare de produse, cu obiect închirierea automotoarelor. Pe cale de consecință, entitatea contractanta a stabilit corect natura juridica a acordului cadru și a contractelor subsecvente, fără să le recalifice în contracte de vânzare, cum în mod eronat arată contestatoarea.

De asemenea, faptul că ... SA menționează că, pe lângă închiriere, obiectul contractului mai constă și în alte activități, nu este relevant, întrucât obiectul principal al contractului îl reprezintă închirierea automotoarelor și tocmai acesta este supus subcontractării.

Totodată, contestatorul reclama faptul că entitatea contractanta, în adoptarea măsurilor luate, a făcut aplicarea Avizului conform condiționat nr. 3096/5353/DGVDP/... din data 07.05.2025, care în aprecierea sa este viciat.

Entitatea învederează CNSC ca o ignorare a unui astfel de aviz atrage după sine sancțiunea stabilită de art.25 alin. (1) din OUG

nr.98/2017 conform căruia: *„ANAP are obligația de a solicita în instanță, în termen de 3 luni de la data luării la cunoștință a semnării contractului, constatarea nulității absolute a contractului încheiat ca urmare a unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex ante și în cadrul căreia ANAP a emis un aviz conform condiționat, iar autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă constatate de ANAP; ANAP are calitate procesuală activă în litigiile privind constatarea nulității absolute a acestor contracte”.*

Față de cele prezentate, entitatea contractantă solicită analizarea și dispunerea în consecință.

Prin adresa de înaintare cu nr. 103/453/13.06.2025, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 39674/16.06.2025, societatea ... SA a transmis la dosarul cauzei, în original, pentru Lotul II, recipisa de consemnare nr. 211387744/1 din 13.06.2025, în valoare de 963.600,00 lei, emisă de CEC Bank, sucursala Cluj.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 40184/17.06.2025, contestatoarea transmite *„note scrise”*, prin care combate punctul de vedere al entității contractante, solicitând admiterii contestației.

Cu titlu prealabil, contestatoarea arată că pot fi de înțeles motivele pentru care entitatea contractantă, confruntată fiind cu un Aviz conform condiționat emis de ANAP, nu ar fi putut continua procedura cu ignorarea acestui Aviz, date fiind potențialele consecințe negative care s-ar putea produce atât în privința entității contractante, cât și în privința ofertantului, în raport de prevederile art. 25 alin. (1) din Ordonanța de urgență nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, pe care le citează.

Însă, nu este de acord cu această abordare, având în vedere că entitatea contractantă, prin prisma principiului asumării răspunderii și a dispozițiilor art. 14 alin. (4) din OUG nr. 98/2017 este singura care decide asupra rezultatului procedurii de atribuire, existând posibilitatea entității contractante de a continua procedura de atribuire, justificând temeinic această decizie.

Contestatoarea își menține convingerea că Avizul ANAP este eronat inclusiv în opinia entității contractante, date fiind următoarele aspecte:

Entitatea contractantă, astfel cum textual admite prin Punctul său de vedere, *„a avut obiecții cu privire la constatările și/sau măsurile de remediere dispuse, identificate de către ANAP ca urmare a activității de control ex ante și a decis demararea procedurii de conciliere în conformitate cu prevederile art. 16 din OUG nr. 98/2017”.*

Însăși entitatea contractantă a urmărit anularea/ revizuirea Avizului ANAP, transmitând către ANAP adresa nr. SAFEMR/2/550/09.05.2025, înregistrată la ANAP sub nr. 3540/09.05.2025, prin intermediul căreia a intenționat a demara procedura de conciliere prevăzută de lege.

În continuare, reiterează argumentația din cadrul contestației cu privire la:

- lipsa temeiului legal al respingerii ofertei, autoarea reiterează argumentele expuse în contestație
- respingerea ofertei în condițiile acordării exprese a permisiunii subcontractării livrării de automotoare prin documentația de atribuire, reiterează argumentele
- legalitatea de fond a declarării subcontractării.

Suplimentar, contestatoarea face referire la conduita contradictorie a ANAP de la data publicării anunțului de participare până la data emiterii Avizului conform condiționat în cauză.

Așa cum confirmă entitatea contractantă prin punctul său de vedere, documentația de atribuire a făcut, înainte de publicare, obiectul controlului ex-ante al ANAP, care, după dispunerea unor măsuri de remediere, a emis un Aviz conform necondiționat privind documentația de atribuire.

Așadar:

- ANAP emite un Aviz conform NECONDIȚIONAT pentru o documentație de atribuire care permite expres furnizarea de automotoare de către un terț care ar avea calitatea de subcontractant declarat al ofertantului;
- ANAP emite un Aviz conform CONDIȚIONAT pentru o ofertă care, în deplin acord cu documentația de atribuire, atestă calitatea de subcontractant a terțului care urmează a pune la dispoziție automotoare DMU.

Este astfel vădită conduita contradictorie a ANAP și lipsa de culpă a ofertantului, cum la fel de vădită este și sancționarea ofertantului pentru însăși respectarea fidelă a documentației de atribuire, prealabil avizată favorabil de ANAP.

În ce privește încălcarea principiului proporționalității, contestatoarea apreciază conduita entității contractante, determinată de Avizul ANAP, ca ilegală inclusiv în ipoteza în care, funcție de natura raportului juridic dintre ... SA și subcontractantul declarat, acesta din urmă ar avea, în fapt, calitatea de furnizor și nu pe aceea de subcontractant.

O astfel de pretinsă eroare (inexistentă, în fapt, date fiind cele mai sus expuse, coroborate celor arătate prin Contestație) este lipsită de orice consecințe juridice, de orice afectare a intereselor legitime ale entității contractante.

Or, toate motivele de respingere a ofertelor, prevăzute de lege, au drept scop protejarea entității contractante împotriva riscului intrării în raporturi juridice cu ofertanți care nu au capacitatea executării în bune condiții a contractului sectorial sau care arată o formă sau o abatere tehnică minoră, atât timp cât este perfect conformă documentației de atribuire, anterior aprobată de ANAP ca fiind legală.

Furnizarea unor garanții suplimentare în privința situației subcontractantului/ furnizorului NU induce nici un risc de neexecutare, nici un risc de executare defectuoasă a contractului și nici un risc de incapacitate de executare. Din contră, oferă o siguranță mai mare că acest contract va fi executat în condițiile documentației de atribuire prin transparența de care am dat dovadă prin asumarea și dovedirea subcontractantului.

Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite. (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Or, în prezenta cauză, entitatea contractantă *receptează o ofertă care FURNIZEAZĂ GARANȚII SUPLIMENTARE*, și, mai mult, *o ofertă care este redactată în deplin acord cu instrucțiunile comunicate ofertanților prin conținutul documentației de atribuire*.

Încălcarea principiului proporționalității relevă o conduită marcată de formalism excesiv, în sensul că entitatea contractantă, obligată de Avizul ANAP, a depășit limitele a ceea ce este adecvat și necesar pentru atingerea scopurilor sale, aplicând prin respingerea ofertei noastre cea mai constrângătoare măsură, în pofida constatării unei furnizări de garanții suplimentare.

Ca jurisprudență invocă Hotărârea CJUE T - 211/2002 în cauza Tideland Signal vs. Comisie, ce a reținut:

„analiza conținutului unei oferte, când dintre termenii și circumstanțele cauzei se conturează că este probabil ca ambiguitatea sau neclaritatea să aibă o explicație simplă și există posibilitatea a fi surmontate într-o manieră facilă, ca în cazul în care este posibilă alegerea între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile”.

Or, ne aflăm în prezenta procedură în prezența unei situații perfect similare situației avute în vedere de CJUE prin Hotărârea mai sus citată, în condițiile în care: *„este posibilă alegerea între mai multe măsuri adecvate”,* în sensul că nicio prevedere legală nu împiedică Comisia de evaluare să continue procedura și, mai mult, *„legislația achizițiilor publice nu reglementează ca motiv de respingere a unei oferte faptul că un operator economic este desemnat ca subcontractant deși, de fapt acesta ar fi un furnizor, ”cele două calități [nefiind] reciproc incompatibile”,* astfel cum arată Consiliul prin Decizia mai sus citată.

75-În raport de cele mai sus expuse autoarea apreciază că, și din această perspectivă, a imperativului proporționalității actelor Comisiilor

de evaluare, dincolo de ilegalitatea vădită a respingerii unei oferte în condițiile:

- lipsei unui temei legal expres al măsurii de respingere, și
- perfecte achiesări a ofertei la documentația de atribuire care precizează expres calitatea de subcontractant a terțului proprietar de automotoare DMU ce vor face obiectul Acordului cadru.

În considerarea celor ce preced, solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 45521/2091/C6/08.07.2025, Consiliul a invitat contestatoarea în vederea studierii dosarului constituit la C.N.S.C. în data de 10.07.2025, oferind termen pentru eventuale concluzii scrise până la data de 14.07.2025.

În data de 10.07.2025 s-a prezentat la sediul C.N.S.C. reprezentantul convențional al contestatoarei care a studiat dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 51940/2091/C6 din 30.07.2025, Consiliul a aplicat prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat achiziția sectorială desfășurată prin „licitație deschisă”, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, împărțit pe loturi, având ca obiect: „...”, cod CPV 34620000-9 Material rulant (Rev.2), anunț de participare nr. .../19.03.2024, în cauză fiind în discuție rezultatul „Lot II - ...” Lot II - ... (...).

În cadrul anunțului de participare, în ce privește Lotul II, entitatea contractantă a menționat că va utiliza criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, având definiți următorii factori de evaluare și ponderi aferente: „Prețul ofertei - 45%”, „Vechimea maximă a automotoarelor Diesel (DMU)- 12%”, „Viteza maximă de operare „Vmax” - 2%”, „Număr de locuri - “NL” - 2%”, „Consumul specific de combustibil al motorului diesel/motoarelor diesel ce echipează automotorul Diesel (DMU) - “CSC” - 12%”, „Norma de poluare a motorului diesel/motoarelor diesel de pe automotorul Diesel (DMU) - “NP” - 5%”, „Disponibilitate - (D) - 5%”, „Livrare - (Lv) - 10%”, precizând totodată că valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare pentru Lotul II este cuprins în intervalul 19.710.000,00 și 105.120.000,00 lei, fără TVA.

Potrivit Raportului procedurii nr. SAFEMR/2/651/28.05.2025, în cadrul Lotului II au depus ofertă în termenul limită societatea ... SA, cu subcontractant ... SRL.

Potrivit aceluiași raport, în data de 07.05.2025, ANAP a emis Avizul conform Condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/CN107/07.05.2025, în care menționează la pct. I.1. Abateri de la legislația în domeniul achizițiilor publice - aspecte de calitate, "Conform procesului verbal nr.

SAFEMR/2/502 din 30.04.2025, precum și a documentelor menționate în acesta, rezultă că ofertantul SC ... SA subcontractează activitatea în proporție de 72%, către operatorul economic ... S.R.L. Faptul că în acordul de subcontractare este menționat că se subcontractează "(...) număr de 16 automotoare diesel DMU", nu poate fi acceptat, acesta nereprezentând în fapt un serviciu ci o punere la dispoziție a utilajelor care fac obiectul acordului cadru.

Având în vedere cele prezentate mai sus, decizia comisiei de evaluare de admitere a ofertantului nu este fundamentată în conformitate cu prevederile art.137 alin. (4) din HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare, respectiv : „Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale.”

În legătură cu cele constatate, comisia de evaluare trebuie să aibă în vedere următoarele prevederi legale stipulate în materia achizițiilor publice:

- Art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare;

- Ordinul ANAP nr.1554/ 2023;

- Art. 137 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016 “Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale.”, iar conform pct. III - Masuri dispuse, ANAP dispune “exercitarea de către comisia de evaluare a atribuțiilor prevăzute la art. 133 alin. (1) lit. b) și k) și ale art. 137 alin. (4) din HG 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, raportat la prevederile art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare și având în vedere cele constatate în prezentul aviz”.

Urmare a procedurii de conciliere prevăzută de art. 16 din OUG nr. 98/2017 demarată de către entitatea contractantă împotriva Avizului conform condiționat, prin adresa nr. 3540/20.05.2025, ANAP a transmis că cererea de conciliere SNTCF „CFR CĂLĂTORI” SA a fost respinsă, urmând a se menține Avizul Conform Condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/ CN107 din 07.05.2025.

Ulterior, în urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, precum și ca urmare a punerii în aplicare a măsurilor dispuse în cadrul Avizul Conform Condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/CN107/07.05.2025 emis de ANAP, comisia de evaluare a stabilit că oferta ... SA, cu subcontractant ... SRL, a fost declarată inacceptabilă, în baza prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/ 2016, și respinsă în baza prevederilor art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Tot prin același raport, entitatea contractantă propune anularea procedurii de atribuire, pentru Lotul II, conform art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, raporta aprobat de directorul general.

În urma comunicării rezultatului procedurii prin adresa cu nr. SAFEMR/ 2/678/30.05.2025 și publicării Raportului procedurii nr. SAFEMR/2/651/ 28.05.2025, societatea ... SA a formulat contestația ce face obiectul dosarului în cauză, solicitând cele redată în partea introductivă.

Consiliul constată că societatea ... SA a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

În conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. SAFEMR/ 2/678/30.05.2025 se menționează că oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 143 alin. 2 lit. b) din H.G. nr. 394/2016, motivul care au stat la baza acestei decizii fiind:

«Având în vedere că prin acordul de subcontractare nr. 103/305/ 17.04.2025, în care ați menționat faptul că subcontractați în proporție de 72%, către operatorul economic SC ... SRL, respectiv ați precizat punerea la dispoziția Ofertantului de către subcontractant a unui număr de 16 automotoare Diesel DMU, cu caracteristici tehnice conforme cu cerințele specificate în Caietul de sarcini nr. DMR5/6/160/2024, revizia C, și cu cerințele din documentația de atribuire aferentă procedurii ...M 8/20 organizată de către ... „CFR diesel (DMU) pentru trenuri de scurt și mediu parcurs” - Lotul 2”, subcontractarea nu poate fi acceptată, având în vedere că obiectul subcontractării reprezintă punerea la dispoziție a utilajelor care fac obiectul acordului cadru de furnizare, aceasta parte a acordului cadru nereprezentând în fapt un serviciu».

În fapt, operatorul economic SC ... SRL are calitatea de furnizor al celor 16 automotoare diesel DMU și nu calitatea de subcontractant, activitatea de furnizare nu poate face obiectul subcontractării.

Din analiza prevederilor art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare, rezultă că, poate fi subcontractant/ subantreprenor, operatorul economic care execută anumite părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor, nefiind făcute mențiuni referitoare și la activitatea de furnizare. Aceste dispoziții sunt clarificate în a doua parte a literei zz), în care se arată că "punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul legii"».

De asemenea, în același document, entitatea a precizat că întrucât nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, pentru lotul 2, în temeiul art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, a anulat procedura de atribuire pentru acest lot.

Din analiza contestației, Consiliul constată că nemulțumirea societății ... SA vizează modalitatea în care autoritatea contractantă a respins oferta sa ca inacceptabilă, considerând că această decizie este nelegală.

În soluționarea cauzei, raportat la motivul de respingere, invocat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul are în vedere fișa de date a achiziției, unde la cap. III.1.3.a) - *Capacitatea tehnica si/sau profesionala*, se solicită:

„Loturile: 1,2

Proporția de subcontractare

Modalitatea de indeplinire: In cazul in care ofertantul participa la procedura impreuna cu unul sau mai multi subcontractanti acesta are obligatia de a preciza partea/partile din contract/acord cadru pe care intentioneaza sa o/le subcontracteze.

Modalitatea prin care poate fi demonstrata indeplinirea cerintei: se va completa DUAE de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire precum si de catre subcontractanti cu informatiile aferente situatiei lor.

Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmeaza sa fie prezentate, la solicitarea entitatii contractante, de catre ofertantii care intentioneaza sa subcontracteze si care se vor afla in clasamentul întocmit după aplicarea criteriului de atribuire in primii 5 ofertanti a caror oferta a fost declarata admisibila, valabile la momentul prezentarii.”

Verificând DUAE-ul completat de către societatea contestatoare, Consiliul reține că șa Cap. A – *Informații privind operatorul economic*, se menționează, printre altele: „*Membrii participanți: ... are rol de Subcontractant*”.

Potrivit Acordului de subcontractare nr. 103/305/17.04.2025, subcontractantul ... SRL va efectua 72% din obiectul contractului de achiziție publică, în sensul că va pune la dispoziție un număr de „16 automotoare diesel DMU”.

Motivul invocat, de către entitatea contractantă se referă la faptul că, raportat la prevederile art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016, „operatorul economic SC ... SRL are calitatea de furnizor al celor 16 automotoare diesel DMU și nu calitatea de subcontractant, activitatea de furnizare nu poate face obiectul subcontractării”.

În soluționarea cauzei, Consiliul ține seama de faptul că entitatea contractantă a întocmit Procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, nr. SAFEMR/2/502/30.04.2025, prin care a stabilit că cerința cu privire la subcontractul ... SRL este îndeplinită, act care a fost comunicat Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP), în vederea controlului procesului de evaluare a ofertelor, conform legislației în vigoare.

Ulterior, ANAP a emis Avizul nr. 3096/5353/DGVDP/... din 07.05.2025, în conținutul căruia a consemnat faptul că societatea ... SRL nu ar avea calitatea de subcontractant, față de definiția art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016, considerând că ar fi vorba despre o punere la dispoziție de „materiale/ bunuri”, conform tezei a doua din acest articol. Astfel că măsura de remediere dispusă de către ANP a fost: *„exercitarea de către comisia de evaluare a atribuțiilor prevăzute la art. 133 alin. (1) lit. b) și k) și ale art. 137 alin. (4) din HG nr. 394/2016”,* menționând că: *„În cazul în care autoritatea/entitatea contractantă decide continuare procedurii de atribuire fără a remedia abaterile constatate de către ANAP prin prezentul aviz conform condiționat, devin incidente prevederile art. 14 alin. (4) și alin. (8) – (8[^]) coroborate cu art. 25 din OUG nr. 98/2017 cu modificările și completările ulterioare”.*

Dispozițiile art. 14 alin. (4) din OUG nr. 98/2017, privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, stabilesc: *„Autoritatea contractantă poate decide continuarea derulării procedurii de atribuire cu sau fără a remedia abaterile constatate de ANAP prin avizul conform condiționat, avizul conform final publicându-se automat de către SEAP odată cu publicarea raportului intermediar/raportului procedurii, respectiv în ziua transmiterii comunicărilor privind rezultatul selecției/rezultatul procedurii”.*

În urma celor decise de către ANAP prin avizul de mai sus, entitatea contractantă a înaintat Cererea de conciliere nr. SAFEMR/2/550/ 09.05.2025, prin care a explicat detaliat raționamentul pe care l-a avut în a lua în considerare informațiile transmise de către contestatoare, precum și cadrul legal, cu privire la subcontractantul său, însă ANAP a răspuns prin adresa nr. 3540/20.05.2025, înregistrată la sediul entității cu nr. 1/2866/ 20.05.2025, precizând că *„cererea dumneavoastră a fost respinsă, urmând a se menține avizul conform condiționat nr. 3096/5353/DGVDP/ ... din data de 07.05.2025”.*

Astfel că entitatea contractantă a întocmit Procesul-verbal nr. SAFEMR/ 2/619/22.05.2025, în care a consemnat că, *„urmare a punerii în aplicare a măsurilor dispuse în cadru Avizului Conform Condiționat nr. 3096/5353/ DGVDP/.../07.05.202 emis de ANAP, comisia de evaluare a stabilit că oferta SC ... SA, cu subcontractant SC ... SRL, a fost declarată inacceptabilă”.*

Aceste informații au fost preluate în cadrul raportului procedurii nr. SAFEMR/2/651/28.05.2025, entitatea contractantă precizând, printre altele că, pentru lotul 2, a decis anularea procedurii, în temeiul art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia: *„Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost*

depusă nicio ofertă/solicitare de participare admisibilă”, întrucât singura ofertă depusă, cea aparținând societății ... SA cu subcontractant societatea ... SRL, a fost respinsă ca inacceptabilă.

Față de motivele de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul se va raporta la următoarele dispoziții legale:

-art. 68 alin. (1) din HG nr. 394/2016: *„Entitatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare: a) categoriile de servicii/lucrări din contract pe care intenționează să le subcontracteze, precum și procentul sau valoarea aferentă activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți”;*

- art. 3 lit. zz) din Legea nr. 99/2016: *„ subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție sectorială și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție sectorială nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi”;*

- art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: *„Entitatea contractantă nu poate stabili criterii privind capacitatea pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens”.*

Totodată, Consiliul constată că, potrivit Acordului de subcontractare nr. 103/305/17.04.2025, încheiat între societatea ... SA (Ofertant) și societatea ... SRL (Subcontractant), aceasta din urmă se obligă să pună la dispoziția contestatoarei un număr de 16 automotoare Diesel DMU, cu caracteristicile tehnice conforme cu cerințele specificate în caietului de sarcini. De asemenea, la art. 3.5 se menționează: *„Subcontractantul cunoaște și declară în mod expres și irevocabil că este de acord ca posesia asupra automotoarelor Diesel DMU ce fac obiectul prezentului Acord de subcontractare să fie transmisă de către Ofertant către Entitatea Contractantă”.*

Se are în vedere că obiectul contractului de achiziție publică, pentru lotul II, este de servicii de închiriere automotoare diesel (DMU). Or, prin acordul de subcontractare societatea ... SRL este subcontractant, nu furnizor de *„materiale/bunuri”*, deoarece pune la dispoziția contestatoarei un număr de 16 automotoare Diesel DMU, realizând parte din contract, dar cu titlu de închiriere nu de cumpărare, către entitatea contractantă. Prin urmare, aceste motoare Diesel nu vor fi cumpărate nici de către contestatoare, dar nici de către entitate, astfel că acest acord este, evident, unul de servicii de închiriere a acestora.

Consiliul reține că legislația achizițiilor publice nu reglementează ca motiv de respingere a unei oferte faptul că un operator economic este desemnat ca subcontractant deși, de fapt, acesta ar fi un furnizor, astfel că o astfel de situație nu poate constitui motiv de respingere ca inacceptabilă a ofertei contestatoarei, întrucât legea nu exclude ca furnizarea de produse și servicii să fie subcontractate.

Faptul că un operator economic poate fi cooptat subcontractant și nu ca furnizor a unui operator economic nu reflectă, practic, nicio neconformitate a ofertei.

În concluzie, deși, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. SAFEMR/2/678/30.05.2025, entitatea a precizat că societatea ... SRL are calitatea de furnizor și nu calitatea de subcontractant, Consiliul apreciază că, raportat la definițiile date de lege subcontractantului și furnizorului, reiese că cele două calități nu sunt reciproc incompatibile și fiecare dintre acestea poate fi atribuită unui operator economic care „se subordonează” contractantului.

De asemenea, nici împrejurarea că prin Acordul de subcontractare părțile au prevăzut că activitatea se subcontractează în proporție de 72% nu poate constitui un motiv de respingere a ofertei ca inacceptabilă, având în vedere că dispozițiile art. 68 alin. (1) din HG nr. 394/2016, citate anterior, reglementează obligativitatea indicării procentului activităților subcontractate, dar fără a reglementa vreun prag minim/maxim în acest sens.

Mai mult, numirea unui furnizor de produse ca subcontractant în cadrul unei proceduri de achiziție publică reprezintă un drept al contractantului și nu poate fi restricționat sau contestat în absența dispozițiilor legale care să justifice o astfel de acțiune.

Relevant, în cauză, este și art. 66 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia: *„Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 82 [alin. \(1\)](#), în oricare dintre calitățile de ofertant/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) [lit. ii\)](#)”, precum și art. 67 alin. (1) din același act normativ: „Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici care participă în comun la procedura de atribuire să adopte sau să constituie o anumită formă juridică pentru depunerea unei oferte sau a unei solicitări de participare.”*

Consiliul consideră că sunt esențiale dispozițiile legale sus menționate conform cărora libertatea de asociere într-un grup de operatori economici nu poate fi îngrădită de către entitatea contractantă, prin urmare, faptul că societatea ... SRL este nominalizată ca subcontractant de către ofertantul ... SA nu constituie, de asemenea, motiv de respingere a ofertei.

Față de cele expuse, Consiliul apreciază că entitatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta contestatoarei ca fiind inacceptabilă pe

motivul invocat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, astfel că va admite critica societății contestatoare pe acest aspect.

Referitor la solicitarea contestatoarei de anulare a Avizului conform condiționat nr. 3096/5353/DGVDPA/... din 07.05.2025, emis de către ANAP, Consiliul o va respinge ca inadmisibilă.

În stabilirea acestei concluzii, are în vedere art. 22 din OUG nr. 98/2017, potrivit căruia: „Avizele conforme emise de ANAP pot fi atacate numai împreună cu actele administrative ale autorității contractante în legătură cu care au fost emise, în baza prevederilor Legii [nr. 101/2016](#), cu modificările și completările ulterioare”. Prin urmare, prin sintagma „pot fi atacate”, legiuitorul nu a stabilit obligația.

Dacă ar fi fost atacat Avizul conform condiționat menționat anterior, ANAP ar fi trebuit să fie parte în litigiul de la CNSC.

Pe de altă parte, OUG nr. 98/2017 mai prevede:

- la art. 23 că „Avizul conform al ANAP nu afectează caracterul obligatoriu al deciziilor pronunțate și al măsurilor dispuse de Consiliu/ instanța competentă în legătură cu procedurile de atribuire conform prevederilor Legii nr. 101/2016”;

- la art. 25 alin. (2) și (3) că: „(2) În cazul în care Consiliul sau instanța de judecată competentă s-a pronunțat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, iar din deciziile pronunțate rezultă invalidarea în tot a constatărilor din avizul conform condiționat respectiv, ANAP nu va ataca în instanță contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată, acesta nefiind lovit de nulitate absolută pe motivul prevăzut la art. 14 alin. (8), respectiv: „(3) În cazul în care Consiliul sau instanța de judecată competentă s-a pronunțat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, iar din deciziile pronunțate rezultă doar o invalidare parțială a constatărilor din avizul conform condiționat respectiv, ANAP are obligația de a ataca în instanță contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată, acesta fiind lovit de nulitate absolută cu privire la constatările din avizul conform ce nu au fost invalidate sau nu au făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată”.

În concluzie, avizul ANAP nu are forță obligatorie pentru CNSC, motiv pentru care necontestarea lui odată cu raportul procedurii nr. SAFEMR/2/651 din 28.05.2025 nu împiedică soluționarea pe fond a contestației.

Consiliul având competența în a se pronunța asupra actelor emise de către entitățile contractante. De referință, pe acest aspect, fiind dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și cele ale art. 82 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către societatea ... SA, în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA și va anula raportul procedurii nr. SAFEMR/2/651 din 28.05.2025 și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. SAFEMR/2/678/30.05.2025, în ceea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, pentru lotul II.

Va obliga entitatea contractantă la reluarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertei contestatoarei, conform motivării de mai sus.

Va respinge, ca inadmisibilă, solicitarea de anulare a Avizului conform condiționat emis de către ANAP.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ... SA, în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA și anulează raportul procedurii nr. SAFEMR/2/651 din 28.05.2025 și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. SAFEMR/2/678/30.05.2025, în ceea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, pentru lotul II.

Va obliga entitatea contractantă la reluarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertei contestatoarei, pentru lotul II, conform motivării de mai sus.

Va respinge, ca inadmisibilă, solicitarea de anulare a Avizului conform condiționat emis de către ANAP.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Președinte,

...

Membru,

...

Membru,

...

